

**Zur Schutzrichtung aktienrechtlicher Vorschriften
und ihre Bedeutung für die Verantwortlichkeit
des Vorstandes einer Aktiengesellschaft
nach dem Aktiengesetz von 1965**

**Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der
Westfälischen Wilhelms - Universität zu Münster**

vorgelegt von

Klaus Rumpff
aus Minden (Westf.)

1 9 6 9

Digitized by the Internet Archive
in 2026

Zur Schutzrichtung aktienrechtlicher Vorschriften und ihre Bedeutung für die Verantwortlichkeit des Vorstandes einer Aktiengesellschaft nach dem Aktiengesetz von 1965



Inaugural - Dissertation

**zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der**

Westfälischen Wilhelms - Universität zu Münster

vorgelegt von

Klaus Rumpff

aus Minden (Westf.)

1 9 6 9



Erster Berichterstatter: Professor Dr. Westermann
Zweiter Berichterstatter: Professor Dr. Brox
Dekan: Professor Dr. Seidenfus

Tag der mündlichen Prüfung: 1. Februar 1969

Inhaltsübersicht

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	V
Literaturverzeichnis	VIII
1. Teil : Einführung in das Problem	1
§ 1 Einleitung	1
§ 2 Begriff und Bedeutung der Schutzrichtung einer Rechtsnorm	3
I. Geschichtliche Entwicklung und bisherige Praxis	3
II. Begriff und Bedeutung	7
2. Teil :	9
§ 3 Grundbegriffe der aktienrechtlichen Regelung über die Verantwortlichkeit des Vorstandes: Zuständigkeit, Pflichten und Verantwortlichkeitsfolgen bzw. -formen	9
I. Die Zuständigkeit des Vorstandes der Aktiengesellschaft und ihre Bedeutung für die Verantwortlichkeit	9
II. Pflichten des Vorstandes der Aktiengesellschaft und ihre Bedeutung für die Verantwortlichkeit	12
III. Die Folgen bzw. Formen der Verantwortlichkeit des Aktienvorstandes nach dem Aktiengesetz	22
1. Die Pflichten des Vorstandes als klagbare Ansprüche	23
2. Schadensersatzpflichten des Vorstandes	25
3. Strafbarkeit u.ä. der Vorstandsmitglieder	28
4. Abberufung des Vorstandes und Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung	29
5. Kündigung des Anstellungsvertrages	30
6. Rechtsunwirksamkeit von Maßnahmen des Vorstandes	31
7. Wiederwahl des Vorstandes	31
IV. Die Bedeutung der Pflichten des Vorstandes für die verschiedenen Verantwortlichkeitsformen	32

	Seite
V. Das Konkurrenzverhältnis zwischen den einzelnen Verantwortlichkeitsformen	37
3. Teil : Der Anwendungsbereich des § 823 Abs. 2 BGB im Bereich des Aktienrechts, insbesondere dessen Konkurrenzverhältnis zu aktienrechtlichen Schadensersatzvorschriften	40
§ 4 Einführung in die Problematik	40
§ 5 Ergebnisse und Begründungen der bisherigen Praxis nach Rechtsprechung und Schrifttum	42
§ 6 Die Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 823 Abs. 2 i.V. mit aktienrechtlichen Vorschriften zugunsten der Gesellschaftsgläubiger durch das aktienrechtliche Haftungssystem	49
§ 7 Das Verhältnis von aktienrechtlichen Haftungsansprüchen zu § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit aktienrechtlichen Vorschriften zugunsten der Aktionäre	56
I. Die Ansprüche der Aktionäre gegen den Vorstand im Haftungssystem	56
II. Die Trennung der Vermögensmassen und Rechtsbereiche von Gesellschaft (AG) und ihren Mitgliedern (Aktionären)	59
III. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. zivilrechtlichen oder strafrechtlichen Schutzgesetzen	63
IV. Der Sonderfall des Unterbewertungsverbots	65
1. Grundsätzliches zum Unterbewertungsverbot und seine Rechtsgrundlagen	65
2. Die wirtschaftliche Bedeutung der Unterbewertung für die Aktionäre	66
3. Stellungnahmen zum AktG 1937	67
4. Die Rechtsfolgen bei Verstößen gegen das Verbot der Unterbewertung	69
4. Teil : Die Abwägung der am Unternehmensleben beteiligten Interessen bei Unternehmensentscheidungen oder die Bedeutung der Neufassung des § 70 AktG 1937 in § 76 Abs. 1 AktG	74
§ 8 Einführung	74
§ 9 Die Bedeutung des § 70 AktG 1937	79
I. Die Auslegung durch das Schrifttum	80

	Seite
II. Begründungen des Schrifttums und Einzelfragen	82
III. Rechtsprechung zu § 70 a.F.	88
IV. Kritik und Bedenken gegen die Auslegung des § 70 a.F. - zugleich die eigene Stellungnahme -	88
§ 10 Die Fortgeltung der Rechtsgrundsätze des § 70 a.F. im neuen Aktienrecht	100
I. Die im Schrifttum vertretenen Ansichten	100
II. Eigene Stellungnahme zu den Literaturansichten	102
III. Die rechtlichen Mittel der Interessensicherung, insbesondere die Interessenrepräsentation der Belegschaft im Aufsichtsrat	104
IV. § 49 Abs. 1 BetrVG als Rechtsgrundlage für die Grundsätze des § 70 AktG a.F.	106
Zusammenfassung	112
§ 11 Folgerungen aus der Fortgeltung der Grundsätze des § 70 AktG a.F.	113
I. Zulässigkeit der rechtlichen Unterschiede im Innen- und Außenverhältnis	113
II. Der Geltungsbereich der Grundsätze des § 70 AktG a.F.	114
III. Die praktische Rechtsanwendung	114
5. Teil : Handlungsmacht, Verantwortlichkeit und Haf- tung des Vorstandes in verbundenen Unter- nehmen	116
§ 12 Einführung	116
§ 13 Die Haftung des Vorstandes bei Bestehen von Beherr- schungsverträgen und bei eingegliederten Gesell- schaften	118
I. Die Systematik der Haftungsregelung	118
II. Die Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens	119
III. Die Haftung der gesetzlichen Vertreter oder des Inhabers des herrschenden Unternehmens gegenüber dem beherrschten Unternehmen (§ 309 AktG)	127
IV. Die Haftung des Vorstandes der abhängigen Gesell- schaft gegenüber dieser (§ 310 AktG)	133

	Seite
V. Besonderheiten der Haftungsregelung bei eingegliederten Gesellschaften (§ 323 AktG)	135
§ 14 Haftung des Vorstandes bei Fehlen eines Beherrschungsvertrages (§§ 311, 317, 318 AktG)	137
I. Einführung	137
II. Grundsätze der Regelung der §§ 311, 317, 318 AktG	138
1. Die Beteiligten der Rechtsverhältnisse	138
2. Die Einflußnahme auf die abhängige Gesellschaft	139
3. Gründe der Nachteilszufügung	143
4. Die Nachteilsausgleichung	145
a) Zeitpunkt	145
b) Sorgfaltspflicht der Verwaltung der abhängigen Gesellschaft	145
c) Die Arten der Nachteilsausgleichung	147
d) Der maßgebliche Zeitpunkt für die Berechnung des Nachteilsausgleichsbetrages	149
e) Die Begriffe "Nachteil" und "Ausgleich"	153
5. Die Haftung des Vorstandes und des Aufsichtsrats der abhängigen Gesellschaft gemäß § 318	155

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	=	anderer Ansicht
AcP	=	Archiv für die civilistische Praxis
AG	=	Aktiengesellschaft
abgek.	=	abgekürzt
AktG	=	Aktiengesetz
AktG 1937	=	Aktiengesetz vom 30.1.1937
a.E.	=	am Ende
a.F.	=	alter Fassung
a.a.O.	=	am angegebenen Ort
Abs.	=	Absatz
allg. M.	=	allgemeine Meinung
AR	=	Aufsichtsrat
Anm.	=	Anmerkung
AOG	=	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20.1.1934
AP	=	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des BAG
ArbuR	=	Arbeit und Recht
Art.	=	Artikel
Aufl.	=	Auflage
BAG	=	Bundesarbeitsgericht
BGBI.	=	Bundesgesetzblatt
BB	=	Der Betriebsberater
Bd.	=	Band
BetrVG	=	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch
BH	=	Baumbach-Hueck, Kommentar zum Aktiengesetz
BGH	=	Bundesgerichtshof
BGHZ	=	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivil- sachen
BVerfG	=	Bundesverfassungsgericht
BR	=	Betriebsrat
DJT	=	Deutscher Juristentag
DB	=	Der Betrieb
d.h.	=	das heißt
Die AG	=	Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen

EGHGB	=	Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch
EWG	=	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FAZ	=	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	=	folgende
FKA	=	Fitting-Kraegeloh-Auffarth, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
GenG	=	Gesetz über die Erwerbs- und Wirtschafts-genossenschaften vom 20.5.1898
GG	=	Grundgesetz
GmbH	=	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	=	Gesetz über die Gesellschaften mit beschränk-ter Haftung vom 20.5.1898
GmbH RdSch	=	GmbH-Rundschau
GW	=	Godin-Wilhelmi, Kommentar zum Aktiengesetz
HGB	=	Handelsgesetzbuch
HRR	=	Höchststrichterliche Rechtsprechung
HV	=	Hauptversammlung
h.M.	=	herrschende Meinung
i.o.S.	=	im obigen Sinne
i.S.	=	im Sinne
i.V. (m.)	=	in Verbindung (mit)
JW	=	Juristische Wochenschrift
JZ	=	Juristenzeitung
JUS	=	Juristische Schulung
KO	=	Konkursordnung
KSchG	=	Kündigungsschutzgesetz
LG	=	Landgericht
LM	=	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LZ	=	Leipziger Zeitschrift
MDR	=	Monatsschrift für Deutsches Recht
MbG	=	Mitbestimmungsgesetz vom 21.5.1951
MbErgG	=	Mitbestimmungsergänzungsgesetz vom 7.8.1956
MbGespr	=	Das Mitbestimmungsgespräch
MuSchG	=	Mutterschutzgesetz
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
n.F.	=	neuer Fassung
Nr.	=	Nummer
OHG	=	Offene Handelsgesellschaft
OLG	=	Oberlandesgericht

PersVG	= Personalvertretungsgesetz des Bundes vom 5.8.1955
RG	= Reichsgericht
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RGSt	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGBl.	= Reichsgesetzblatt
Rspr	= Rechtsprechung
s.	= siehe
S.	= Seite
s.o.	= siehe oben
std. Rspr.	= ständige Rechtsprechung
SchwBeschG	= Schwerbeschädigtengesetz
u.	= und
u.a.	= unter anderem
u.U.	= unter Umständen
U.v.	= Urteil vom
u.v.a.m.	= und viele andere mehr
VVa.A.	= Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
vgl.	= vergleiche
Vorb.	= Vorbemerkung
WWI-Mitt.	= WWI-Mitteilungen, Wirtschaftswissenschaftliches Institut der Gewerkschaften
z.B.	= zum Beispiel
Ziff.	= Ziffer
z.T.	= zum Teil

Literaturverzeichnis

I. Kommentare

Baumbach-Hueck, Aktiengesetz, 12. Aufl., München und Berlin 1965.

Baumbach-Hueck, Aktiengesetz, 13. Aufl., München und Berlin 1968.

Bonner Kommentar, Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg.

Brodmann, Aktienrecht, Berlin und Leipzig 1928.

Fitting-Kraegeloh-Auffarth, Betriebsverfassungsgesetz, 8. Aufl., Berlin und Frankfurt 1968.

Gadow-Heinichen, Aktiengesetz, Großkommentar, 2. Aufl., Berlin 1961.

Gaplperin-Siebert, Kommentar zum BetrVG, 4. Aufl., Heidelberg 1963.

von Godin-Wilhelmi¹⁾, Aktiengesetz, 2. Aufl., Berlin 1950.

von Godin-Wilhelmi, Aktiengesetz, 3. Aufl., Berlin 1967.

Klausing, Aktiengesetz, Berlin 1937.

Leibholz-Rinck, Grundgesetz, 3. Aufl., Köln-Marienburg 1968.

v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt 1957.

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 28. Aufl., München 1969.

Ritter, Aktiengesetz, 2. Aufl., Berlin und München 1939.

Schlegelberger-Quassowski, Aktiengesetz, 3. Aufl., Berlin 1939.

Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2, §§ 433 - 853, 9. Aufl., Stuttgart 1962.

Teichmann-Koehler, Aktiengesetz, 3. Aufl., Heidelberg 1950.

II. Lehrbücher

Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1959; 2. Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1960.

Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, 15. Aufl., Tübingen 1958.

Esser, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 3. Aufl., Karlsruhe 1968.

1) Die älteren Auflagen werden im Text jeweils besonders gekennzeichnet.

Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2, 2. Aufl., Tübingen 1954.

A. Hueck, Gesellschaftsrecht - Ein Studienbuch, 11. Aufl., München und Berlin 1963.

A. Hueck, Gesellschaftsrecht - Ein Studienbuch, 13. Aufl., München und Berlin 1965.

A. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 2, 1. Halbband, 1. Lieferung, 7. Aufl., Berlin und Frankfurt 1966.

Larenz, Schuldrecht - Allg. Teil, 9. Aufl., München 1968.

Rasch, Deutsches Konzernrecht, 3. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1966.

Spieker, Handbuch für Aufsichtsräte, Köln 1959.

H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, 7. Aufl., München 1968.

Würdinger, Aktienrecht, Karlsruhe 1959.

Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1966.

III. Monographien

Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe 1964.

Gamillscheg, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Berlin 1966.

Mayer-Maly, Erwerbsabsicht und Arbeitnehmerbegriff, Berlin 1965.

Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, Karlsruhe 1958.

Obermüller-Werner-Winden, Aktiengesetz 1965, I, Erläuterung mit praktischen Hinweisen, Stuttgart 1965.

Straßberger, Der Beherrschungsvertrag in der Aktienrechtsreform, Diss., Würzburg 1965.

Untersuchungen zur Reform des Unternehmensrechts, Bericht der Studienkommission des Deutschen Juristentages, Teil 1, Tübingen 1955 (abgek. DJT 1955).

Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages, Bd. 1, Teil 3, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen im Konzernrecht, Tübingen 1957 (abgek. DJT 1957).

Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Bd. 1, Teil 1, Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, München und Berlin 1966 (abgek. DJT 1966).

Untersuchungen zur Reform des Konzernrechts, Bericht der Studienkommission des Deutschen Juristentages, Tübingen 1967 (abgek. DJT 1967).

Werth, Vorstand und Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft, Düsseldorf 1960.

Wiethölter, Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht, Karlsruhe 1961.

IV. Aufsätze

Bärmann, Supranationale Aktiengesellschaften?, AcP 156 (1957)/156-211.

Berg, Begrenzung der Schadensersatzpflicht durch Berücksichtigung des Schutzzweckes der Haftungsnorm, JUS 1961/317 - 321.

Bergenroth, GmbHG § 64 I ist Gläubigerschutzgesetz i.S. § 823 II BGB, MDR 1958/199 - 201.

Berg-Schwab, Ehestörungsklage und Schadensersatzansprüche wegen Ehestörung, JUS 1961, S. 137 - 146.

Böttcher, Regelungsstreitigkeiten, Festschrift für Lent, München 1957, S. 89 ff.

Bulla, "Vertrauensvolle Zusammenarbeit" von Arbeitgeber und Betriebsrat als Generalklausel des Betriebsverfassungsrechts, RdA 1965/121 - 132.

v. Caemmerer, Europäische Aktiengesellschaft, in: Festgabe für Heinrich Kronstein, 1968, S. 171 - 202.

Deutsch, Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs im Zivilrecht, NJW 1965/1985 - 1990.

Duden, Abberufung eines Vorstandsmitgliedes durch den Aufsichtsrat wegen Vertrauensentzuges durch die Aktionäre?, BB 1961/225 - 227.

Dürhammer, Von der Kunst, wirtschaftliche Abhängigkeiten zu erkennen, DB 1967/304, 305.

Fabricius, Der Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, JUS 1961/151 - 154.

Farthmann, Das neue Aktienrecht und seine Auswirkungen auf die Mitbestimmungspraxis, WWI-Mitt. 1966, S. 1 - 4.

Geßler, Probleme des neuen Konzernrechts, DB 1965/1691 - 1696 u. 1729 - 1731.

Geßler, Grundfragen der europäischen Handelsgesellschaft, BB 1967/381 - 387.

v.d. Groeben, Auf dem Wege zur europäischen Aktiengesellschaft, AG 1967, S. 95 - 102.

Hefermehl, Zuwendungen aus dem Gewinn, Ein aktienrechtliches Zuständigkeitsproblem, DB 1954/1037 - 1040, 1061, 1062.

Henn, Die Rechtsstellung des Vorstandes nach §§ 70, 71 AktG, MDR 1957/392 - 395.

A. Hueck, Die Rechtsstellung der Mitglieder von Organen der juristischen Personen, DB 1954/274 - 276.

A. Hueck, Das neue Aktiengesetz und das Arbeitsrecht, RdA 1965/321 - 326.

Janberg, Das Auskunftsrecht des Aktionärs außerhalb der Hauptversammlung, Die AG 1965/191 - 194.

Kropff, Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965, BB 1965/1281-1289.

Kropff, Der "faktische Konzern" als Rechtsverhältnis, DB 1967/2147 - 2153 und 2204 - 2208.

Kunze, Das Einsichtsrecht einzelner Aufsichtsratsmitglieder, MbGespr. 1969/13.

Leo, Der Schutz der Aktionärsinteressen durch den Vorstand nach geltendem Aktienrecht, Die AG 1957/156 ff.

Leo, Die Rechtsstellung des Vorstandes der Aktiengesellschaft nach dem Regierungsentwurf eines neuen Aktiengesetzes, Die AG 1960/261 ff. und 292 ff.

Leo, Die Einmann-AG und das neue Konzernrecht, Die AG 1965/352 - 359.

Lutter, Verfassungsrechtliche Grenzen der Mehrheitsherrschaft nach dem Recht der Kapitalgesellschaften, Die AG 1968/73 - 75.

Mestmäcker, Zur Systematik des Rechts der verbundenen Unternehmen im neuen Aktiengesetz, in: Festgabe für Heinrich Kronstein, Karlsruhe 1968, S. 129 - 150.

Mestmäcker, Über das Verhältnis von Rechts- und Wirtschaftswissenschaft im Aktienrecht, JUS 1963/417 ff.

Möhring, Die gesetzliche Regelung der Unternehmensverbindungen im neuen Aktiengesetz, NJW 1967/1 - 10.

Mutze, Erfahrungen aus der Anwendung der Unternehmensverträge des Aktiengesetzes 1965, Die AG 1967/254 - 259.

Netter, Zur aktienrechtlichen Theorie des "Unternehmens an sich", Festschrift für Pinner, Leipzig und Berlin 1932, S. 507 - 612.

Reinhardt, Privates Unternehmen und öffentliches Interesse, Festschrift für A. Hueck, München und Berlin 1959, S. 439 ff.

Rumpff, Die Beteiligungsrechte von Betriebsrat und Wirtschaftsausschuß in wirtschaftlichen Angelegenheiten, MbGespr. 1966, S. 22 ff.

Ruth, Urteilsanmerkungen in JW 1938, S. 1657 ff. und 2021 ff.

Spieker, Europäische Gesellschaftsform und wirtschaftliche Mitbestimmung, MbGespr. 1961, S. 10, 11.

Spieker, Der dornige Weg zu einem europäischen Gesellschaftsrecht, MbGespr. 1964/146 - 148.

Spieker, Aktienrechtsreform, Mitbestimmung der Arbeitnehmer und öffentliches Interesse, JZ 1962/721 ff.

Spieker, Das neue Aktienrecht - seine Bedeutung für Aktionäre und Arbeitnehmer, MbGespr. 1965/198 ff.

Spieker, Die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder, NJW 1965/1937 - 1944.

Spieker, Rechtsfolgen fehlerhafter Anstellung eines Vorstandsmitglieds, DB 1964/1287 - 1289.

Veith, Zur Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder, NJW 1966/526 - 530.

Westermann, Die Verantwortung des Vorstandes der Aktiengesellschaft, in: Eine Freundesgabe der Wissenschaft für Ernst Hellmut Vits, Frankfurt 1963, S. 251 - 276.

Werner, Der erste Kommentar zum neuen Aktiengesetz, Die AG 1967/122 - 127.

Wilhelmi, Das neue Aktiengesetz, AG 1965/247 - 250 und 307 - 310.

Winkler, § 64 Abs. 1 GmbHG als Schutzgesetz für die Gesellschaftsgläubiger, MDR 1958/887 - 889.

V. Sonstiges

Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1959.

Kropff, Aktiengesetz, Düsseldorf 1965.

1. Teil : Einführung in das Problem

§ 1 Einleitung

Am 1.1.1966 ist - von einigen Übergangsregelungen, insbesondere für die Rechnungslegung, abgesehen - das alte Aktiengesetz vom 30.1.1937¹⁾ durch das neue Aktiengesetz vom 11.9.1965²⁾ abgelöst worden. Im Anschluß an den Erlaß des neuen Aktiengesetzes sind zu vielen Fragen des neuen Rechts in kaum noch überschaubarem Umfang Kommentarliteratur, Lehrbücher, Monographien und Aufsätze erschienen. Zu dem Problemkreis, den man mit "Verantwortlichkeit des Vorstandes" umschreiben kann, ist allerdings bisher auffallend wenig Stellung genommen worden. Die Ursache dafür dürfte darin zu finden sein, daß in diesem Bereich der Gesetzeswortlaut in nur wenigen Punkten geändert worden ist, und zwar vornehmlich im neuen Konzernrecht. Die Neuerungen lassen sich deswegen schon in einem Aufsatz besprechen³⁾. Anliegen dieser Arbeit ist es demgegenüber einmal, einige Vorschriften über die Verantwortlichkeit des Vorstandes einer Aktiengesellschaft in ihrer Einordnung in das System des allgemeinen Zivilrechts sowie in die gesamte Rechtsordnung zu betrachten, um dadurch ihre Schutzrichtung⁴⁾ zu umschreiben; dafür bietet das neue Aktiengesetz manche neuartigen Perspektiven. Zum anderen ist die Schutzrichtung einiger weiterer Vorschriften des Aktienrechts aus diesem selbst heraus zu ermitteln.

Die erörterten Vorschriften und Fragen stehen nur insoweit in einem Zusammenhang, als sie die Verantwortlichkeit des Vorstandes betreffen. Da aus Raumgründen nicht alle die Verantwortlichkeit regelnden Bestimmungen und auch nicht jeweils alle Einzelheiten der Vorschriften behandelt werden konnten, erscheint die Darstellungsfolge recht sprunghaft und zusammenhanglos. Das wurde jedoch in Kauf genommen, um die bisher gar nicht oder wenig erörterten Fragen näher zu beleuchten.

1) RGBl I 107 ff, 558, 1140 - im folgenden zitiert: AktG 1937.

2) BGBl I 1099 ff - im folgenden zitiert: AktG; Vorschriften ohne solche Gesetzesbezeichnung sind aus dem AktG 1965 entnommen.

3) Im folgenden wird jeweils nur die Rechtslage nach dem neuen Aktienrecht dargestellt.

4) Vgl. § 2 zur Bedeutung dieses Begriffes.

"Verantwortlichkeit" ist hier im weitesten Sinne verstanden worden, und zwar als eine Sammelbezeichnung für alle negativen Rechtsfolgen, die für den Vorstand aufgrund seiner Organstellung eintreten können und Pflichten bzw. Rechtsfolgen verschiedenster Art bedingen.

§ 2 Begriff und Bedeutung der Schutzrichtung einer Rechtsnorm

I. Geschichtliche Entwicklung und die bisherige Praxis

In der Zeit nach dem 2. Weltkrieg hat das deutsche Schadensersatzrecht in vielen Bereichen manche Klärung, Differenzierung und Wandlung erfahren. Dieser Rechtsbereich war Gegenstand vieler umfangreicher Diskussionen. Dabei ging es nicht nur um die Fortbildung des geltenden Rechts; vielmehr wurde auch seit langem die Notwendigkeit und der Inhalt einer Gesetzesreform erörtert ¹⁾, von der nach jüngsten Verlautbarungen des Bundesjustizministeriums wenigstens Teilbereiche in naher Zukunft verwirklicht werden sollen.

Vornehmlich in den letzten zehn Jahren ist bei den Bemühungen um eine zeitgerechte Rechtsfortbildung - zunächst durch die Spruchpraxis der höchstrichterlichen Rechtsprechung - ein Problem in den Vordergrund gerückt, das man mit den synonymen Begriffen "Schutzrichtung einer Norm" ²⁾, "Schutzzweck einer Norm" ³⁾, "Schutzbereich einer Norm" ⁴⁾ und "Rechtswidrigkeitszusammenhang" ⁵⁾ bezeichnet hat. Diese Problematik ist auch außerhalb des Schadensersatzrechts bedeutsam ⁶⁾.

Die Lehre zur Schutzrichtung von Rechtsnormen ist schon weit früher begründet worden. Ihr methodologischer Standort ist noch weitgehend ungeklärt ⁷⁾. Die Notwendigkeit des Rückgriffs auf diese Lehre für die Entscheidung von Einzelfällen ist vielfach bestritten worden ⁸⁾.

1) Grundlegend dazu die Verhandlungen des 43. und 44. Deutschen Juristentages, 1960 und 1962; Bundesministerium der Justiz, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, Teil I Wortlaut, Teil II Begründung, Januar 1967.

2) Diese Bezeichnung wird im folgenden vornehmlich gebraucht werden, weil sie schon im Thema der Arbeit enthalten ist.

3) Berg, Begrenzung der Schadensersatzpflicht durch Berücksichtigung des Schutzzweckes der Haftungsnorm - BGHZ 27/137, in JUS 1961/S. 317 - 321.

4) so E. Deutsch, Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Eingriffs in Zivilrecht, NJW 1965/1985 - 1989.

5) so Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 2. Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1960, § 208 II 3 b; Esser, Schuldrecht, 3. Aufl., Karlsruhe 1968, S. 308 ff.

6) vgl. BGHZ 13/360 zu § 400 BGB. Dieser Fall wird sogleich geschildert werden.

7) vgl. dazu Deutsch, a.a.O., zu II 3, S. 1987.

8) statt vieler: Berg, a.a.O., Larenz, Schuldrecht, Allgem. Teil, 9. Aufl., München 1968, S. 161.

Dem verwirrenden Sprachgebrauch, seinen Gründen, der allgemeinen Bedeutung dieser Begriffe für die moderne juristische Hermeneutik sowie den vielen Falllösungen kann nicht im einzelnen nachgegangen werden; diese Problematik kann nur in einer besonderen Arbeit geklärt werden. Ein Eingehen darauf ist in diesem Zusammenhang auch nicht notwendig, weil trotz mancher Unterschiedlichkeit und vieler Streitpunkte nämlich im Grunde Einigkeit darüber besteht, daß die gefundenen Schutzrichtungsgedanken einen vorzüglichen Behelf für eine sachgerechte juristische Interessenbewertung darstellen. Das verdeutlicht die Tatsache, daß die mit Hilfe dieser Lehren gefundenen Einzelergebnisse nicht streitig sind; Meinungsverschiedenheiten bestehen nur über deren jeweilige Begründung ⁹⁾.

Für die hier zu behandelnde Problematik erscheint es daher als ausreichend, den grundsätzlichen Begriffsinhalt und seine Bedeutung für die Gesetzesauslegung und die Rechtsanwendung einleitend aufzuzeigen. Beides läßt sich anhand einiger Beispiele aus der Rechtsprechung am besten schildern. Dabei werden gleichzeitig die Auswirkungen dieses methodischen Instrumentes sichtbar:

- 1) Durch ein Gesetz war die Kinderarbeit verboten worden. In Kenntnis dieses gesetzlichen Verbots beschäftigte ein Gastwirt einen Jungen beim Kegelaufstellen. Bei dieser Arbeit erlitt der Junge ohne Verschulden eines Dritten eine Körperverletzung. Die Eltern des Kindes verlangten vom Gastwirt unter Hinweis auf den Verstoß gegen das Kinderarbeitsverbot Schadensersatz. Ihre Klage wurde mit der Begründung abgewiesen ¹⁰⁾, das Gesetz beabsichtige nicht, Unfälle und damit verbundene Körperschäden zu verhindern; der Zweck des Kinderarbeitsverbots sei andersartig. Deshalb könne § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit diesem Gesetz das Verlangen der Eltern nicht rechtfertigen.
- 2) Der Verkehrsteilnehmer A erlitt einen Unfall, der allein durch einen anderen Verkehrsteilnehmer verursacht worden war. Neben Ersatz des Körperschadens verlangte A Ausgleich für seine Unkosten,

9) Vgl. zum Beispiel Anm. 8.

10) LG Hannover, Das Recht 1910, S. 36.

die ihm durch die Verteidigung gegen eine Anklage wegen Verkehrsübertretungen bei dem Unfall entstanden waren.

Der BGH ¹¹⁾ hat einen Ersatzanspruch wegen der Verteidigungskosten verneint, weil das Verbot von Körperverletzungen (§ 823 Abs. 1 BGB) nicht davor schützen solle, sich gegen Anklagen durch die Staatsanwaltschaft verteidigen zu müssen. Dieses sei vielmehr eine Last, die alle Staatsbürger ohne Rücksicht auf das Verschulden anderer und deren Folgen tragen müßten ¹²⁾.

- 3) Einen weiteren Anwendungsfall der Lehre über die Schutzrichtung von Rechtsnormen findet man bei den Abgrenzungsbemühungen für das Rechtsgut "eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb" ¹³⁾. So kann ein Unternehmer, dessen Arbeitnehmer von einem Dritten körperlich verletzt worden ist, nicht gemäß § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung jenes Rechtsgutes Ersatz des Schadens verlangen, der ihm durch die entgangenen Dienste der Arbeitnehmer entstanden ist ¹⁴⁾. Ebensowenig erstreckt sich der Schutzbereich des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb auf Schäden, die einem Unternehmen aus der Unterbrechung der Stromzufuhr durch Beschädigung eines Stromkabels auf einem nicht zum Unternehmen gehörenden Grundstück und einem dadurch verursachten zeitweiligen Betriebsstillstand entstehen ¹⁵⁾.

Dieselben Erwägungen sind entscheidend für die Bestimmung des Rechtsschutzzumfanges bei dem Recht auf ungestörte Ehe gemäß § 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Artikel 6 GG ¹⁶⁾. Dem Ehegatten, dessen Ehe wegen Ehebruchs des anderen Ehegatten geschieden worden ist, steht mit Rücksicht darauf gegen den ehebrechenden Dritten kein Anspruch auf Ersatz der durch den Scheidungsprozeß verursachten Kosten zu ¹⁷⁾.

11) BGHZ 27/137 = NJW 1958/1041.

12) vgl. zu ähnlichen Problemen die jüngste Entscheidung des BGH in NJW 1968/2287, 2288.

13) vgl. dazu etwa Fabricius in JUS 1961, S. 151 ff.

14) BGHZ 7/30 = NJW 1952/1249, freilich mit anderer Begründung.

15) BGHZ 29/65 = NJW 1959/479.

16) dazu etwa Berg-Schwab in JUS 1961, S. 137.

17) BGH NJW 1956/1149 und 1957/670 = BGHZ 23/281.

- 4) Ein mittelbarer Besitzer verlangte von dem unmittelbaren Besitzer Schadensersatz gem. § 823 Abs. 1 BGB unter Berufung auf sein Besitzrecht.

Der BGH ¹⁸⁾ versagte dem Verlangen den Erfolg, weil der mittelbare Besitzer nur im Rahmen des § 869 BGB einen für § 823 Abs. 1 BGB notwendigen absoluten Besitzschutz genieße, dort aber das Verhältnis zum unmittelbaren Besitzer ausgenommen sei; deswegen bleibe in dieser Beziehung allein das schuldrechtliche Verhältnis maßgebend.

- 5) Ein Gläubiger hatte unpfändbare Versorgungsansprüche abgetreten, dafür aber vom Zessionar ein gleichwertiges Versorgungsversprechen erhalten. Der Schuldner bestritt unter Hinweis auf § 400 BGB die Wirksamkeit dieser Abtretung. Der BGH ¹⁹⁾ hielt die Abtretung für rechtsgültig, weil der Zedent wegen des Versorgungsversprechens seitens des Zessionars des starren Schutzes des § 400 BGB nicht bedürfe.

Die Beispiele ließen sich vermehren. Für den verfolgten Zweck, den Standort und den Inhalt der folgenden Untersuchung abzugrenzen, reichen jedoch die vorerwähnten, wohl bekanntesten Anwendungsfälle für die Gedanken über die Schutzrichtung von Rechtsnormen aus.

Alle diese Beispiele haben keine Berührung mit dem Aktienrecht. Für dieses sind Schutzrichtungserwägungen bisher nur bedeutsam geworden, soweit es in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB angewendet worden ist. Bei dieser Vorschrift ist die Untersuchung der Schutzrichtung aber schon wegen ihrer tatbestandlichen Fassung unumgänglich. Die Bedeutung des § 823 Abs. 2 BGB im Bereich des Aktienrechts wird in einem besonderen Abschnitt behandelt werden ²⁰⁾.

Die Ermittlung der Schutzrichtung einer Rechtsnorm spielt nicht nur im Recht der unerlaubten Handlung eine Rolle. Das hat schon das Beispiel zu § 400 BGB gezeigt. Stellvertretend für viele weitere Bei-

18) DB 1960, S. 693, 694.

19) BGHZ 13/360, wo zwar nicht von Schutzrichtung, wiederholt aber von Schutzzweck und Schutzfunktion gesprochen wird.

20) Vgl. 3. Teil, §§ 6 - 10.

spiele mag dieses auch ein von Nipperdey ²¹⁾ dargestellter Fall beweisen: Ein Gläubiger, der auf einer Fahrt zu seinem sich schon in Verzug befindlichen Schuldner verunglückt und dabei Körperschaden erleidet, kann nicht gem. § 286 BGB Ersatz dieser Schäden verlangen.

II. Begriff und Bedeutung

Die vorstehend aufgeführten Beispiele zeigen, daß die Schutzrichtung einer Gesetzesnorm für deren Auslegung, mithin für deren praktische Anwendung von großer Bedeutung ist. Die festgestellte Schutzrichtung einer Gesetzesnorm kann eine gewisse Korrektur ihres Wortlautes bedingen, sie wird im Einzelfall zu einer Einschränkung des Gesetzeswortlautes führen ²²⁾. Die Frage nach der Schutzrichtung einer Norm wird von deren Schutzzweck oder ihrer ratio legis her beantwortet. Diese bestimmen den Umfang des Interessenschutzes, den Schutzzumfang der Norm.

Die Prüfung der Schutzrichtung einer Gesetzesnorm erfordert eine Untersuchung darüber, welche Interessen in der jeweiligen Vorschrift geschützt werden. Dabei ist in der Regel gesondert zu erwägen, welche Personen geschützt werden (geschütztes Rechtssubjekt), gegen welche Personen sich dieser Schutz richtet (schädigendes Rechtssubjekt) und welche sachlichen Interessen in welchem Umfang (sachlicher Schutzzumfang) bewahrt werden sollen, also welche einzelnen Interessen in den Rahmen der Schutznorm passen. Das mag den vielfältigen Inhalt des Begriffs "Schutzrichtung" verdeutlichen. Der Blickwinkel der einzelnen jeweiligen Untersuchung einer Gesetzesnorm bestimmt sich also nach dem jeweils angestrebten Ziel.

Die Prüfung der Schutzrichtung einer Gesetzesnorm ist insbesondere bei Generalklauseln, Blankett- und generalklauselartigen Vorschriften unverzichtbar, will man ihren Geltungsbereich hinreichend klar abgren-

21) Enneccerus-Nipperdey § 208 II a.E.

22) Ähnlich Deutsch, a.a.O., S. 1988 zu II 3 a.E.; m.E. wird die Ausdehnung des Anwendungsbereichs einer Norm - also über ihren Gesetzeswortlaut hinaus - nicht unter den Begriff der "Schutzrichtung" gebracht; in diesem Begriff liegt - jedenfalls zur Zeit - eine vorgegebene Tendenz zur Einschränkung des Gesetzeswortlauts.

zen. Nur dann ist eine für die Praxis wichtige und erwünschte sichere Handhabung des Gesetzes möglich. Das rechtfertigt - um gleich eine Beziehung zum Aktiengesetz herzustellen - eine Untersuchung dieser Problematik z.B. für § 93 AktG. Dieser Paragraph ist insoweit eine Blankettvorschrift, als er durch das Merkmal "Pflicht" auf andere Vorschriften des Aktiengesetzes verweist. Das Aktiengesetz enthält in vielen Einzelvorschriften eine Regelung über die Pflichten des Vorstandes. Diese Pflichten bestehen nach vielen Seiten hin ²³⁾.

Daher ist bei § 93 AktG zu prüfen, ob die in Einzelvorschriften festgelegten Pflichten in das System des Haftungsanspruchs der Gesellschaft gegen den Vorstand passen. - Dasselbe Problem stellt sich letztlich auch bei der Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit aktienrechtlichen Vorschriften; dabei stehen freilich Erwägungen aus dem Gesichtspunkt der Gesetzeskonkurrenz im Vordergrund ²⁴⁾.

Eine besondere Notwendigkeit zur Feststellung der Schutzrichtung besteht im Aktienrecht vornehmlich bei dem "personellen Geltungsbereich" einer Gesetzesnorm: Am Leben einer Aktiengesellschaft sind viele Rechtssubjekte beteiligt, deren Rechtsbeziehungen es zu ordnen gilt. Neben Aktionären, Gläubigern und Dritten stehen die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates. Dazwischen steht die Aktiengesellschaft als selbständiges Rechtssubjekt. Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung als Gesamtorgane sind demgegenüber keine selbständigen Rechtssubjekte. Es kommt hinzu, daß viele Vorschriften gesellschaftsinterne Fragen regeln, andere dagegen das Außenverhältnis der Gesellschaft betreffen. Diese vielfältigen Beziehungen nötigen bei nicht wenigen Vorschriften zu der Frage, welches Rechtsverhältnis sie eigentlich betreffen.

23) vgl. dazu unten § 3 II.

24) vgl. unten § 9.

2. Teil :

§ 3 Grundbegriffe der aktienrechtlichen Regelung über die Verantwortlichkeit des Vorstandes: Zuständigkeit, Pflichten und Verantwortlichkeitsfolgen bzw. -formen

I. Die Zuständigkeit des Vorstandes der Aktiengesellschaft und ihre Bedeutung für die Verantwortlichkeit

- 1) Gibt es in einer Gemeinschaft mehrere Organe - wie bei der Aktiengesellschaft Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung -, müssen die in der Gemeinschaft zu erledigenden Aufgaben auf die einzelnen Organe verteilt werden. Aus dieser Aufgabenverteilung ergibt sich eine Zuständigkeitsabgrenzung zwischen den Organen. Pflichten können grundsätzlich lediglich dann bestehen, wenn ein Organ zuständig ist. Einem Organ können für Aufgaben, die einem anderen Organ übertragen sind, keine Pflichten obliegen, weil jenem nämlich mangels Zuständigkeit die Möglichkeit zum Tätigwerden fehlt. Diese Zuständigkeit ist in dem Sinne zu verstehen, daß ein Organ die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit zum Tätigwerden in einem bestimmten Bereich hat. Im Aktienrecht gibt es nämlich nur wenige abschließende, starre Zuständigkeitsregelungen der Art, wie sie z.B. das Verwaltungsrecht und die Gerichtsverfassung kennen. Einmal ist es möglich, daß ein Organ ein anderes zu beeinflussen vermag. Für den Vorstand bietet sich z.B. eine solche Möglichkeit gem. § 83 Abs. 1 AktG, wenn er Maßnahmen der Hauptversammlung vorbereitet. - Zum anderen ist der Aufsichtsrat dazu berufen, die Tätigkeit des Vorstandes zu überwachen (§ 111 Abs. 1 AktG). Deshalb ist eine Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat nach Sachbereichen unmöglich. - Dieses Verständnis des Zuständigkeitsbegriffs ist nötig, weil Pflichten die Grundlage für eine Verantwortung sind; diese erfordert aber eine Handlungsfreiheit oder Handlungsmöglichkeit. Ohne eine solche Freiheit ist eine Verantwortung undenkbar ¹⁾. Diese abstrakte rechtliche These hat erhebliche praktische Bedeutung; sie wird jeweils bei der Kausalität untersucht ²⁾.

1) vgl. dazu Westermann, dessen Thesen mehrfach auf dieser Grundlage aufbauen und diese zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz erheben - vgl. S. 253, 254.

2) Das klingt insbesondere bei Gadow-Heinichen § 84 Anm. 36, 77 an.

- 2) Das Vorstehende beweist, daß aus mehreren Gründen die Zuständigkeit im eben umschriebenen Sinne Voraussetzung für alle Arten von Verantwortlichkeit ist. Das hervorzuheben erscheint deshalb besonders wichtig, weil diese Bedingung eine ungeschriebene Voraussetzung aller Verantwortlichkeitsformen für die Organmitglieder in der Aktiengesellschaft ist. Daraus lassen sich für die Verantwortlichkeit des Vorstandes der Aktiengesellschaft folgende Schlüsse ziehen:

Eine Verantwortlichkeit des Vorstandes scheidet insoweit aus, als ihm mangels Zuständigkeit die Handlungsmacht fehlt. Das gilt sowohl für positives Handeln als auch für Unterlassen. Dieser schon eingangs erwähnte Grundsatz bedarf freilich einer Einschränkung: eine Pflichtverletzung des Vorstandes liegt auch dann vor, wenn er seine Zuständigkeit durch einen Eingriff in den Zuständigkeitsbereich eines anderen Organs überschreitet. Im übrigen aber schränkt dieser Grundsatz den Schutzbereich aller die Verantwortlichkeit des Vorstandes regelnden Normen ein. Das gilt unabhängig davon, ob die einzelne Verantwortlichkeitsform eine Pflicht des Vorstandes voraussetzt; entscheidend ist allein die Zuständigkeit, die eine Handlungsmacht vermittelt.

Der Vorstand kann also - abgesehen vom Fall einer Zuständigkeitsüberschreitung - lediglich für Ereignisse verantwortlich gemacht werden, die in seinen Zuständigkeitsbereich fallen. Danach bestimmt sich der Umfang der Verantwortlichkeit des Vorstandes. Dadurch kann die Schutzrichtung der dafür maßgeblichen Vorschriften eingeschränkt werden.

- 3) Die Einzelheiten der Zuständigkeitsregelung des AktG brauchen hier nicht dargestellt zu werden. Deswegen kann auf die vorliegenden ausführliche Literatur und Rechtsprechung verwiesen werden, denen nichts Wesentliches hinzugefügt werden kann. Hinzuweisen bleibt lediglich auf folgendes Grundsätzliches:
- a) Gewisse Schwierigkeiten für die Zuständigkeitsbestimmung beruhen darauf, daß die Aufgabenverteilung zwischen den Organen nach dem AktG teilweise generell, teilweise aber auch nach besonderen Sachbereichen - wie für die Rechnungslegung - vorge-

nommen worden ist. Das bedingt Unklarheiten darüber, was wegen einer Zusammengehörigkeit mit dem besonders geregelten Sachbereich der generellen Regelung entzogen ist. Als Beispiel dafür mag die von Hefermehl ³⁾ untersuchte Frage dienen, inwieweit die Hauptversammlung wegen ihrer Zuständigkeit für Entscheidungen über die Gewinnverwendung auch darüber zu befinden hat, ob und an wen von der Aktiengesellschaft bestimmte Spenden zu machen sind ⁴⁾.

Weitere Hindernisse für eine rasche und sichere Bestimmung der Zuständigkeit rühren daher, daß die Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche aus einer ganzen Reihe von - im AktG verstreuten - Bestimmungen zu entnehmen ist. Das kann Unklarheiten bedingen über das Verhältnis der Vorschriften zueinander.

Endlich ist zu berücksichtigen, daß die Zuständigkeit hier aus den oben dargestellten Gründen ⁵⁾ als Handlungsmacht zu verstehen ist. Daraus ergeben sich gewisse Zuständigkeitsüberschneidungen.

- b) Außerdem ist stets zu berücksichtigen, daß der Umfang der Zuständigkeit des Vorstandes im Rahmen der Vorschriften des AktG veränderbar ist, deshalb von Gesellschaft zu Gesellschaft verschieden sein kann und daher für jede einzelne Gesellschaft aufgrund der besonderen Rechtsgrundlagen eigens geprüft und

3) DB 1954, S. 1037 - 1040, 1061 - 1062.

4) Die Zuständigkeit der Hauptversammlung gemäß § 119 Abs. 1 Ziffer 2 muß man im ganzen System der Rechnungslegungsvorschriften sehen. Die Hauptversammlung ist beim Gewinnverwendungsbeschluß an den festgestellten Jahresabschluß gebunden (§ 174 Abs. 1 Satz 2) und der Beschluß ändert den Jahresabschluß auch nicht (§ 174 Abs. 3). Nach § 172 wird der Jahresabschluß in der Regel aber von Vorstand und Aufsichtsrat festgestellt. Zwar kann auch durch Vorstand und (oder) Aufsichtsrat gem. § 173 eine Entscheidung der Hauptversammlung herbeigeführt werden; in der Praxis ist das freilich eine seltene Ausnahmeerscheinung. Aus diesen Beschränkungen folgt, daß aus § 119 Abs. 1 Ziffer 2 AktG Rückschlüsse auf den Umfang der Geschäftsführungs- und Leitungsbefugnis des Vorstandes nicht gezogen werden dürfen. Deshalb kann der Ansicht Hefermeihls, die Hauptversammlung müsse auch über Spenden der Aktiengesellschaft an Dritte entscheiden, nicht zugestimmt werden; jedenfalls ist sie für das AktG 1965 nicht mehr bedeutsam. Deshalb wird die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes durch die Zuständigkeit der Hauptversammlung beim Gewinnverwendungsbeschluß nicht, allenfalls nur am Rande, berührt.

5) vgl. oben zu I 1 a.E.

festgestellt werden muß. Dabei bleibt freilich auch die Frage zu erwägen, inwieweit durch die fünf Gestaltungsmittel des § 82 Abs. 2 AktG vom gesetzlichen Zuständigkeitssystem abgewichen werden kann ⁶⁾. Für die Satzungsgestaltung enthält § 23 Abs. 4 AktG eine verhältnismäßig klare Regelung dieser Frage. Obwohl diese Bestimmung gegenüber der Fassung des AktG 1937 verbessert ist, bleiben dennoch Zweifelsfragen, nämlich zum Umfang der zulässigen Abweichung vom Gesetz und dazu, ob eine gesetzliche Regelung abschließend ist. Diese gesetzliche Regelung gilt für die Satzung, entsprechende Vorschriften fehlen jedoch für die Geschäftsordnung und die sonstigen in § 82 Abs. 2 AktG erwähnten Rechtsgrundlagen.

II. Pflichten des Vorstandes der Aktiengesellschaft und ihre Bedeutung für die Verantwortlichkeit

Pflichten des Vorstandes können verschiedene Rechtsgrundlagen haben. In Betracht kommen das Gesetz, insbesondere das AktG, die Satzung, die Geschäftsordnung, Beschlüsse des Vorstandskollegiums oder anderer Organe und der Anstellungsvertrag. Hier können lediglich die gesetzlichen Pflichten berücksichtigt werden, weil sich Pflichten aufgrund der anderen genannten Rechtsgrundlagen nur gesondert für jede einzelne Gesellschaft ermitteln lassen.

In den Bestimmungen, die Pflichten festlegen, braucht der Vorstand freilich nicht ausdrücklich angesprochen zu sein. Dafür mögen die §§ 93 Abs. 2 Satz 1, 57 Abs. 1 AktG als Beweis dienen. Nach diesen Vorschriften haftet der Vorstand auf Schadensersatz wegen des Verstoßes gegen eine Norm (§ 57 AktG), in der er gar nicht als Pflichtiger genannt ist. Dies erklärt sich aus der Leitungsmacht des Vorstandes, der Handlungsorgan der Aktiengesellschaft ist; er hat deshalb auch dafür zu sorgen, daß die Pflichten der Gesellschaft erfüllt werden.

Die Pflichten des Vorstandes nach dem AktG bestehen, stellt man auf den Wortlaut der einzelnen Vorschriften ab, gegenüber verschiedenen Organen, Personenkreisen oder Rechtssubjekten. Im einzelnen kommen

6) vgl. dazu Godin-Wilhelmi, § 82 Anm. 8 - 10.

als Begünstigte die Gesellschaftsgläubiger, die Aktionäre als einzelne oder in ihrer Zusammenfassung im Organ "Hauptversammlung", die Gesellschaft, die Prüfer, der Aufsichtsrat, Vertragspartner der Gesellschaft und Dritte als Teilnehmer des öffentlichen Rechtsverkehrs in Frage.

Entsprechend diesen Schutzrichtungen - insoweit wird der Begriff untechnisch gebraucht, d.h. ohne eine Aussage über die rechtliche Relevanz machen zu wollen - der Pflichten soll zunächst die folgende Darstellung gegliedert werden. Aus dieser Einordnung nach dem jeweils geschützten Personenkreis können sich Rückschlüsse auf die Schutzrichtungen im technischen Sinne der Pflichten und den Umfang ihres Schutzzinhaltes ergeben. Dabei wird lediglich eine grobe, am Gesetzeswortlaut orientierte Einordnung vorgenommen; das rechtfertigt sich daraus, daß dieser Abschnitt nur allgemein aufzeigen soll, welche verschiedenen Schutzrichtungen - wiederum untechnisch verstanden - es bei den einzelnen Normen gibt, daß also überhaupt Unterschiede bei den Pflichten des Vorstandes festzustellen sind. Wegen dieses beschränkten Zweckes der folgenden Zusammenstellung wird auch auf eine Vollständigkeit bewußt verzichtet. Schließlich ist vorweg zu betonen, daß in den erwähnten Vorschriften die "Gläubiger" häufig nicht ausdrücklich angesprochen sind, so daß über die Einordnung einzelner Bestimmungen im folgenden Katalog durchaus Meinungsverschiedenheiten möglich sind.

Die Frage nach der Schutzrichtung von aktienrechtlichen Normen soll freilich nur unter einem Aspekt untersucht werden: wegen der Organstellung des Vorstandes in der Gesellschaft interessiert in erster Linie die Rechtsbeziehung zwischen Vorstand und Gesellschaft. Deshalb ist zu fragen, ob die Tatsache, daß eine aktienrechtliche Bestimmung dem Vorstand ein Verhalten gegenüber Aktionären, Gläubigern, anderen Organen der Gesellschaft oder der Öffentlichkeit auferlegt, es ausschließt, eine Pflichtenstellung gegenüber der Gesellschaft anzunehmen.

1. Pflichten des Vorstandes gegenüber der Gesellschaft

Die wichtigsten, weil umfassendsten Pflichten des Vorstandes sind die Sorgfaltspflicht ⁷⁾ und die Treupflicht ⁸⁾. Gemäß § 82 Abs. 2 AktG hat der Vorstand die nach dem Aktiengesetz zulässigerweise durch Satzung, Aufsichtsrat, Hauptversammlung und Geschäftsordnung des Vorstandes oder Aufsichtsrats auferlegten Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis einzuhalten. Nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG obliegt dem Vorstand eine Verschwiegenheitspflicht. § 88 AktG legt den Mitgliedern des Vorstandes ein inhaltlich genau umschriebenes Nebenbeschäftigungs- und Wettbewerbsverbot auf und untersagt dem Vorstand den Abschluß bestimmter Kreditgeschäfte. Nach § 91 AktG ist der Vorstand zur Führung der erforderlichen Handelsbücher verpflichtet. Gemäß § 92 Abs. 2 und 3 AktG hat der Vorstand bei Eintritt bestimmter Voraussetzungen den Antrag auf Eröffnung eines Konkurs- oder Vergleichsverfahrens zu stellen und ist unter Umständen verpflichtet, keine Zahlungen mehr zu leisten. Nach § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG ist es dem Vorstand verboten, den Aktionären Einlagen zurückzuzuwähren. § 57 Abs. 2 AktG untersagt die Zusage und Zahlung von Zinsen an die Aktionäre. § 71 spricht aus, daß einer Aktiengesellschaft der Erwerb eigener Aktien untersagt ist. § 148 AktG verpflichtet den Vorstand zur Aufstellung des Jahresabschlusses und Fertigung eines Geschäftsberichtes. Die §§ 149 ff. AktG konkretisieren den Inhalt dieser Pflichten durch die Auferlegung vieler Bindungen.

Diese Unterlagen hat der Vorstand sodann den Abschlußprüfern vorzulegen. Die Prüfung durch die Abschlußprüfer wird u.a. durch einige Sonderpflichten des Vorstandes gem. § 163 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 3 Satz 3 AktG gesichert. Nach Eingang des Prüfungsberichtes muß der

7) Daß die Sorgfaltspflicht gegenüber der Gesellschaft besteht, ergibt sich aus § 93 Abs. 2 AktG; im Falle der Verletzung der Sorgfaltspflicht gemäß § 93 Abs. 1 AktG ist die Gesellschaft Gläubigerin des Schadensersatzanspruches.

8) Auch die Treupflicht besteht gegenüber der Gesellschaft; vgl. Baumbach-Hueck, § 84 Anm. 8. Wenn Hueck BGHZ 10/192 als abweichend zitiert, bezieht sich das nicht auf diese Schutzrichtung. Soweit der BGH a.a.O. eine Treupflicht des Vorstandes verneint, steht das dem hier Vertretenen nicht entgegen; die Bemerkung des BGH bezieht sich nämlich allein auf die Frage, ob ein Vorstandsmitglied eine arbeitnehmerähnliche Stellung einnimmt; nur das wird verneint. BGH a.a.O., S. 193. Vgl. weiter Gadow-Heinichen § 75 Anm. 21 a mit vielen weiteren Nachweisen.

Vorstand gem. § 170 Abs. 1 AktG alle Unterlagen dem Aufsichtsrat zur Prüfung übersenden und gleichzeitig gem. § 170 Abs. 2 AktG den Vorschlag unterbreiten, den er der Hauptversammlung für die Verwendung des Bilanzgewinns machen will. Nach Eingang des Berichts des Aufsichtsrats zu allen diesen Vorgängen muß der Vorstand die Hauptversammlung einberufen.

Ergänzend zu dieser Regelung der §§ 148 ff. AktG sind die §§ 58 ff. AktG zu beachten. § 58 Abs. 5 schreibt vor, daß an die Aktionäre nur der Bilanzgewinn verteilt werden darf. § 58 Abs. 1 und 2 sichert der Hauptversammlung das Recht zu, über die Verwendung mindestens der Hälfte des Jahresüberschusses zu entscheiden; diese Zuständigkeit hat der Vorstand zu beachten. § 59 Abs. 2 regelt schließlich die Frage, in welchem Umfang der Vorstand an Aktionäre Abschlagzahlungen auf die auszukehrende Dividende vor deren endgültiger Festsetzung leisten darf.

2. Pflichten des Vorstandes gegenüber der Hauptversammlung

In diesem Abschnitt werden nur solche Verbindlichkeiten des Vorstandes erörtert, die gegenüber der Hauptversammlung bestehen. Von den gegenüber der Hauptversammlung als dem Kollektivorgan aller Aktionäre festgelegten Pflichten sind die gegenüber den einzelnen Aktionären zu unterscheiden. Diese Trennung des Kollektiv- und individualrechtlichen Bereichs durchzieht das gesamte Organisationsrecht der AG. So sind auch die Rechtsstellung des Vorstandes und des Aufsichtsrats als Gesamtorgan und die der einzelnen Mitglieder dieser Organe getrennt zu ermitteln. Im Einzelfall kann diese Trennungslinie zweifelhaft sein. Es kann nämlich fraglich sein, ob Pflichten gegenüber der Hauptversammlung gleichzeitig gegenüber dem einzelnen Aktionär bestehen oder diesem doch zumindest dienen. Dabei wird auch darauf zu achten sein, ob alle Pflichten zu Hauptansprüchen führen oder lediglich Hilfsansprüche bedingen, die - wie z.B. Rechnungslegungsrechte - Hauptansprüchen nur zur Durchsetzung dienen. Die Unterscheidung zwischen den Kollektivrechten der Hauptversammlung und den Individualrechten des einzelnen Aktionärs folgt aus § 118 Abs. 1 AktG. Ihre Bedeutung besteht darin, daß die "Rechte der Aktionäre in den Angelegenheiten der Gesellschaft" grundsätzlich nur in der Hauptversammlung, nicht - wie

noch im einzelnen zu belegen ist ⁹⁾ - im Klagewege geltend gemacht werden können ¹⁰⁾.

Gemäß § 83 Abs. 1 und 2 AktG kann der Vorstand verpflichtet werden, Angelegenheiten aus dem Zuständigkeitsbereich der Hauptversammlung vorzubereiten. Auch ist der Vorstand zur Ausführung der Hauptversammlungsbeschlüsse verpflichtet. § 92 Abs. 1 AktG verpflichtet den Vorstand, bei Eintritt großer Verluste die Hauptversammlung unverzüglich einzuberufen und ihr Anzeige darüber zu machen. Nach § 118 Abs. 2 AktG sollen die Vorstandsmitglieder an der Hauptversammlung teilnehmen. Die §§ 121 ff. AktG bestimmen viele Einzelheiten über die Pflichten des Vorstandes zur Einberufung der Hauptversammlung. Die Bindungen des Vorstandes in bezug auf den Jahresabschluß und die dabei erforderlichen Handlungen aufgrund des § 175 AktG sind schon erwähnt worden. § 176, auf den auch § 120 Abs. 2 Satz 2 verweist, regelt noch Pflichten des Vorstandes zu Vorlagen, Erläuterungen und Stellungnahmen.

Für Sonderprüfungen bestimmt § 145 Abs. 4 Satz 5 AktG noch besondere Bindungen des Vorstandes gegenüber der Hauptversammlung.

3. Pflichten des Vorstandes gegenüber Aktionären ¹¹⁾

§ 125 Abs. 1, 2 und 4 AktG verpflichtet den Vorstand zu besonderen Mitteilungen gegenüber den Aktionären. §§ 131, 132 AktG regeln den Auskunftsanspruch der Aktionäre, mit dem entsprechende Pflichten des Vorstandes korrespondieren. § 145 Abs. 4 Satz 4 AktG betrifft die Pflichten des Vorstandes gegenüber einzelnen Aktionären bei Sonderprüfungen. Schließlich bestimmt § 175 Abs. 2 AktG für den Jahresabschluß, daß der Vorstand zur Auslage der Unterlagen und zur Gewährung von Einsicht zu Gunsten einzelner Aktionäre gehalten ist.

9) vgl. unten § 3 III 1.

10) Baumbach-Hueck § 118 Anm. 3 mit weiteren Nachweisen.

11) Die zu 2 und 3 eingeordneten Pflichten sind nach § 118 Abs. 1 AktG abzugrenzen. Die Unterscheidung ist sehr bedeutsam für die gerichtliche Durchsetzbarkeit der Rechte. Vgl. dazu unten § 3 III 1.

4. Pflichten des Vorstandes gegenüber dem Aufsichtsrat

§ 90 Abs. 1 - 4 AktG verpflichtet den Vorstand zu Berichten gegenüber dem Aufsichtsrat. Deren Inhalt und Zeitpunkt werden dort im einzelnen geregelt. Gem. § 111 Abs. 2 AktG hat der Vorstand das Einsichts- und Prüfungsrecht des Aufsichtsrats für die Geschäftsunterlagen zu erfüllen. Der Vorstand hat zu beachten, daß viele Arten von Geschäften kraft Gesetzes, Satzung, Geschäftsordnung und Aufsichtsratsbeschlusses von der Zustimmung des Aufsichtsrats abhängig sind. Will der Vorstand solche Geschäfte vornehmen, muß er sich vorher um die Zustimmung des Aufsichtsrats bemühen. Gem. §§ 125 Abs. 3 und 145 Abs. 4 Satz 5 AktG obliegen dem Vorstand gegenüber dem Aufsichtsrat noch besondere Pflichten. Die Bindungen des Vorstandes hinsichtlich des Jahresabschlusses sind schon oben besprochen ¹²⁾. § 104 AktG legt dem Vorstand schließlich Pflichten zur Ermittlung der mitbestimmungsrechtlichen Rechtslage für den Aufsichtsrat auf.

5. Pflichten des Vorstandes gegenüber Prüfern

Die §§ 145, 148 und 165 AktG bestimmen eine Reihe von Pflichten gegenüber Prüfern; sie betreffen die Vorlage von Unterlagen, die Auskunftserteilung und die Duldung von sonstigen Prüfungsmaßnahmen.

6. Pflichten des Vorstandes gegenüber der Öffentlichkeit

Die Kategorie von Bestimmungen, die Pflichten gegenüber der Öffentlichkeit, hebt sich von bisher erwähnten Vorschriften dadurch ab, daß auf der Seite des Berechtigten unmittelbar kein Rechtssubjekt steht. Geschützt wird mittelbar eine unbestimmte Vielzahl von Personen, in deren Bereich sich eine Verletzung dieser Pflichten zu einem Nachteil konkretisieren kann. Sanktion nach Verletzung dieser Pflichten sind

12) Im folgenden soll nicht zwischen Rechten des Gesamtorgans und des einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes unterschieden werden, weil das die Pflichten des Vorstandes nur sekundär betrifft. Vgl. zu II 1

vornehmlich § 823 Abs. 2 BGB¹³⁾; Strafen, Geldbußen und Ordnungsstrafen durch das Registergericht (§§ 399 ff. AktG).

Das Schwergewicht dieser Gruppe von Bestimmungen liegt bei den Bekanntmachungspflichten in den Gesellschaftsblättern. Das Gesetz legt dem Vorstand in einer Vielzahl von Vorschriften dahingehende Bindungen auf. Besonders wichtig ist in diesem Zusammenhang die Publizitätspflicht. Das Aktiengesetz schreibt darüber hinaus in vielen Vorschriften dem Vorstand vor, bestimmte Ereignisse beim Handelsregister anzumelden, Unterlagen darüber einzureichen und weitere Handlungen vorzunehmen. Gemäß § 9 HGB kann die Öffentlichkeit in diese Unterlagen Einblick nehmen¹⁴⁾. Weitere Pflichten schaffen die §§ 79, 80 AktG für das Auftreten des Vorstandes im Rechtsverkehr. Hierher kann man schließlich die Pflicht des Vorstandes gem. § 92 Abs. 2 AktG rechnen, bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen einen Konkurs- oder Vergleichsantrag stellen. Diese Einordnung ist freilich streitig¹⁵⁾.

Die vorstehende Zusammenstellung zeigt, daß die Pflichten des Vorstandes außerordentlich vielschichtig sind, insbesondere sehr verschiedene Beziehungen betreffen. Daraus könnte sich die Folgerung rechtfertigen, daß alle diese Vorschriften unterschiedliche Schutzrichtungen haben. So ist es denkbar, daß bei der Schadensersatzhaftung gemäß § 93 Abs. 2 ff. als "Pflichten" nur solche Bindungen des Vorstandes in Betracht kommen, die - wie die Schadensersatzhaftung selbst - gegenüber der Gesellschaft bestehen. Das liegt besonders deshalb sehr nahe, weil § 93 Abs. 2 ff. insoweit - wie dargelegt - eine Blankettvorschrift ist, bei der eine Konkretisierung idR nur mit Hilfe von Schutzrichtungserwägungen möglich ist.

Vor allzu übereilten Schlüssen in diese Richtung muß jedoch eine Rückbesinnung darauf warnen, daß die Konstruktion der Aktiengesellschaft als juristische Person eine rein juristische Zweckschöpfung ist. Diese steht einmal als Rechtssubjekt zwischen dem Vorstand und den oben erwähnten Interessentengruppen. Zum anderen ist der Vorstand gerade

13) vgl. dazu im einzelnen unten §§ 4 ff.

14) Da das Abschriftrecht durch § 9 Abs. 2 HGB beschränkt ist, erscheint eine gesonderte Aufzählung angemessen.

15) vgl. BGHZ 29/100 ff. und unten zu § 6.

Handlungsorgan der juristischen Person, woraus folgt, daß die Rechtsfolgen der gesellschaftsbezogenen Handlungen des Vorstandes allein die AG treffen. Deshalb liegt es besonders nahe, daß das AktG einerseits das interne Rechtsverhältnis zwischen Gesellschaft und Vorstand regelt und andererseits das äußere zwischen Gesellschaft und den erwähnten Interessenten ¹⁶⁾. Wäre diese Zweigleisigkeit mit allen Folgen konsequent durchgeführt und die Regelung aller Interessen auf diese beiden Ebenen abschließend verteilt, wäre der Vorstand im Außenverhältnis nur aus der Rechtsposition der Aktiengesellschaft heraus tätig. Dann könnten aus den verschiedenen Richtungen der Pflichten für den Vorstand keine rechtlichen Schlüsse für das Innenverhältnis gezogen werden; sein Rechtsverhältnis besteht allein gegenüber der Aktiengesellschaft, diese dagegen steht nach außen in vielerlei Beziehungen zu Interessenten ¹⁷⁾. Folgerichtig müßte man dann weiter schließen, daß zwar die Pflichten der Gesellschaft selbst vielerlei Schutzrichtungen hätten, nicht aber die des Vorstandes, die alle gegenüber der Gesellschaft bestehen. Dabei geht die wichtigste Frage dahin, ob dieses Verständnis des Rechtsverhältnisses des Vorstandes zum Schutz der Interessen der Beteiligten ausreicht. Das läßt sich grundsätzlich dann bejahen, wenn den Pflichten der AG im Außenverhältnis gegenüber den erwähnten Interessenten Pflichten des Vorstandes im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft entsprechen. Durch die Kongruenz beider Pflichtenkreise wären die Interessenten, freilich vermittelt durch die Gesellschaft, genügend geschützt. Bei dieser Betrachtung sind aus der Sicht der Interessenten jedoch zwei Einschränkungen zu machen: für diese besteht idR größere Sicherheit, wenn sie ihre Rechte gegenüber mehreren Rechtssubjekten geltend machen können, also gegenüber Gesellschaft und Vorstandsmitgliedern. Das gilt insbesondere für den Fall von Zahlungsschwierigkeiten der Gesellschaft. Tritt eine solche Situation ein, sind die Interessenten auch nicht durch Schadensersatzleistungen des Vorstandes an die Gesellschaft genügend geschützt, weil

-
- 16) Soweit hier vom Innen- und Außenverhältnis gesprochen wird, sind die Bezeichnungen nicht identisch mit den Begriffen, die für die Geschäftsführung und die Vertretung erheblich sind. Innenverhältnis im hier entscheidenden Sinne ist das Verhältnis zwischen AG und Vorstand; alles andere ist Außenverhältnis.
- 17) so auch RGZ 59/49 = JW 1904/554; RG in JW 1910/109 Nr. 9 = LZ 1910/219 Nr. 36 (beide für Genossenschaften); RGZ 63/324 = JW 1906/464 (für AG); RGZ 73/30 u. 392 (für GmbH).

diese u.U. von zuvorkommenden anderen Gläubigern verbraucht werden.

Bisher offen geblieben ist, ob den Pflichten der AG im Außenverhältnis interne Pflichten des Vorstandes im Innenverhältnis entsprechen. Die Frage wird vom AktG nicht ausdrücklich beantwortet, ist dennoch eindeutig zu bejahen. Erfüllt die Gesellschaft im Außenverhältnis ihre Pflichten nicht, entstehen ihr dadurch Nachteile. Die Pflichterfüllung kann von ihr erzwungen werden, ihr entstehen dadurch idR Mehrkosten und Nachteile im Ansehen, die weitere Schäden bedingen können. Der Vorstand ist nun aber gegenüber der Gesellschaft verpflichtet, alle für ihn voraussehbaren und durch ihn vermeidbaren Schäden von ihr abzuhalten. Deshalb besteht eine sachliche Kongruenz zwischen Pflichten des Vorstandes im Innenverhältnis und solchen der Gesellschaft im Außenverhältnis.

Für die Beziehung aller Pflichten des Vorstandes allein auf die Gesellschaft sprechen aber auch erhebliche praktische Gesichtspunkte: Aus der gesetzestechischen Festlegung der Pflichtrichtung gegenüber der Aktiengesellschaft ist noch nicht ohne weiteres, insbesondere aber nicht notwendig herzuleiten, wem Schutz die Vorschrift letztlich dient, vornehmlich nicht, daß die Gesellschaft die allein oder doch letztlich Begünstigte ist. Die Gesellschaft kann in einer Norm deshalb als Berechtigte genannt sein, weil sie wegen sonstiger Bindungen die Interessensicherung anderer vermittelt. So gibt es einige Pflichten, die zwar rechtlich-konstruktiv gegenüber der Gesellschaft bestehen, letztlich doch allein dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger und Aktionäre dienen. Ursache dafür ist das im Gesetz mehrfach zum Ausdruck gekommene Prinzip, die individuellen Rechte zu Gunsten einer kollektiven Regelung zurückzudrängen. Nur dadurch wird gewährleistet, daß das Gesellschaftsleben wirtschaftlich funktioniert; zum anderen ist dann gesichert, daß die Rechtsdurchsetzung praktikabel ist; sie darf nicht durch eine Vielzahl von Maßnahmen erschwert werden.

Das AktG selbst hat auch ausdrücklich an vielen Stellen, insbesondere in den Schadensersatzvorschriften, die Verantwortlichkeitsfolgen für den Vorstand auf die Gesellschaft bezogen, um dadurch zugleich die genannten Interessenten zu schützen. Das ergibt sich daraus, daß es die Ansprüche in erster Linie der Gesellschaft gewährt, Gläubigern

und Aktionären aber nur Einziehungsrechte und besondersartige Ansprüche einräumt.

Das bisher gefundene Ergebnis, daß nämlich aus den in den einzelnen Bestimmungen geregelten verschiedenen Interessenrichtungen sich keine Schutzrichtungserwägungen für die Pflichten des Vorstandes entnehmen lassen, soll an einigen Beispielsfällen gemessen werden:

- a) Wird der Auskunftsanspruch der Aktionäre (§ 131) vom Vorstand verletzt, müssen die Aktionäre gegen die Gesellschaft auf Erfüllung klagen. Trotz des Wortlauts des § 131 ist also nicht der Vorstand der Verpflichtete, sondern die Gesellschaft, für die der Vorstand lediglich handelt ¹⁸⁾. Wegen der der Gesellschaft dadurch entstehenden Kosten kann diese bei Vorliegen aller Voraussetzungen des § 93 Abs. 2 AktG vom Vorstand Ersatz verlangen, weil dieser u.U. zugleich seine Treue- und Sorgfaltspflicht verletzt hat. Dem steht nicht entgegen, daß die in erster Linie verletzte Pflicht allein mit einem Recht des Aktionärs als Einzel-Rechtssubjekt korrespondiert.
- b) Erfüllen die Vorstandsmitglieder nicht die Berichtspflicht (u.a. § 90) gegenüber dem Aufsichtsrat, entsteht dadurch allein der Gesellschaft noch kein Nachteil. Ein Schaden kann aber dadurch eintreten, daß die Gesellschaft den Aufsichtsratsmitgliedern durch die Ausübung der Einsichtsrechte gem. § 111 Abs. 2 entstandene erhöhte Aufwendungen zu ersetzen hat, und weiter dadurch, daß der Gesellschaft infolge der mangelhaften Aufsichtsmöglichkeiten ein sonst vermeidbarer Schaden erwachsen ist. Diese Schäden kann die Gesellschaft vom Vorstand ersetzt verlangen, obwohl die verletzte Berichtspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat zu erfüllen war. Im übrigen ist das Berichtsrecht des Aufsichtsrats lediglich ein Instrument für dessen Überwachungstätigkeit, die gerade der Gesellschaft - wenn auch dieser nicht allein - dient.

Nach alledem kann als Ergebnis festgehalten werden: der Umstand, daß eine aktienrechtliche Bestimmung primär dem Schutz eines anderen

18) statt aller Baumbach-Hueck § 131 Anm. 6 AktG.

als der Gesellschaft dient, ist nicht geeignet, Vorstandspflichten gegenüber der Gesellschaft mit dem Hinweis auf eine andersartige Schutzrichtung der Norm zu verneinen.

Inwieweit freilich über das allgemeine Zivilrecht Ausnahmen von diesem Grundsatz zu machen sind, bleibt später besonders zu untersuchen.

III. Die Folgen bzw. Formen der Verantwortlichkeit des Aktienvorstandes nach dem Aktiengesetz

Das Aktienrecht enthält nicht nur eine Rechtsfolge, die die Gesellschaft vor Pflichtverletzungen und Enttäuschungen durch den Vorstand schützt, sondern eine ganze Reihe von Rechtsinstituten. Welchen Zwecken diese Mehrzahl der Verantwortlichkeitsformen und weiter der jeweilige Einzelrechtsbehelf dienen, ist bei der folgenden Darstellung der einzelnen Verantwortlichkeitsformen zu untersuchen.

Bei der Frage nach der Durchsetzbarkeit der Pflichten des Vorstandes der Aktiengesellschaft ist zuerst zu klären, inwieweit den Pflichten ein Anspruch eines anderen im Sinne von § 194 BGB entspricht und die Pflichterfüllung damit klageweise durchgesetzt werden kann; diese Frage steht in enger Beziehung mit der nach der Rechts- und Parteifähigkeit der Träger von Rechten und Pflichten. Weitere Folgen der Pflichten des Vorstandes und ihrer Verletzung sind Schadenersatzpflichten und die Strafbarkeit von Pflichtverletzungen, die Abberufung des Vorstandes sowie die Kündigung seines Anstellungsvertrages und der Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung. Hierher sind weiterhin die Rechtsfolgen der Unwirksamkeit für bestimmte Vorstandsgeschäfte sowie die Möglichkeit einer Anfechtung von Beschlüssen zu rechnen. Als Verantwortlichkeitsform im weiteren Sinne kann man schließlich auch das zwingende Prinzip der begrenzten Amtszeit der Vorstandsmitglieder gem. § 84 Abs. 1 AktG ansehen.

1. Die Pflichten des Vorstandes als klagbare Ansprüche

Die Pflichten des Zivilrechts sind grundsätzlich im Klagewege durchsetzbar; ihnen entsprechen Ansprüche i.S. des § 194 BGB; Ausnahmen sind selten. Im Gesellschaftsrecht gilt dieser Grundsatz auch; jedoch lassen sich hier vielfach Ausnahmen finden. Klagbarkeit setzt u.a. auch Partei- und damit Rechtsfähigkeit (§ 50 Abs. 1 ZPO) des Berechtigten und Verpflichteten - hier des Vorstandes - voraus. Der Vorstand als Gesamtorgan ist keine juristische Person, mithin nicht rechtsfähig. Rechtsfähig sind nur die Gesellschaft und die einzelnen Vorstandsmitglieder. Der Vorstand als Gesamtorgan ist lediglich Vertretungsorgan der Gesellschaft. Daraus folgt, daß ein klagbarer Erfüllungsanspruch nur gegen die Gesellschaft oder die einzelnen Vorstandsmitglieder gegeben sein kann, nicht aber gegen den Vorstand als Gesamtorgan ¹⁹⁾. Das erhellt, wie bedeutsam die Feststellung des Schuldners sein kann, insbesondere ob der Vorstand in einzelnen Vorschriften als Pflichtiger nur genannt ist, weil er Leitungsorgan der Gesellschaft - als der eigentlichen Schuldnerin - ist ²⁰⁾, oder ob er als Gesamtorgan selbst Schuldner sein soll. Andererseits bleibt zu berücksichtigen, daß einer Pflicht des Vorstandes als Gesamtorgan grundsätzlich eine Verpflichtung des einzelnen Vorstandsmitgliedes entsprechen kann. - Selbst wenn aber in dieser Beziehung auf der Schuldnerseite alle Schwierigkeiten ausgeräumt sind, kann man einen klagbaren Erfüllungsanspruch noch nicht bejahen. Auch auf der Gläubigerseite müssen diese Bedenken beseitigt sein. Aufsichtsrat und Hauptversammlung sind (als Organe) auch nicht rechtsfähig. Der Aufsichtsrat kann allerdings Vertretungsorgan der Gesellschaft sein (§ 112), was bei der Feststellung eines klagbaren Erfüllungsanspruchs insoweit erheblich ist, als es sich um Pflichten des Vorstandes gegenüber der Gesellschaft handeln kann. Rechtsfähig sind lediglich die Gesellschaft, das einzelne Aufsichtsratsmitglied und der einzelne Aktionär.

Sodann bleibt materiellrechtlich zu prüfen, ob nicht das Aktiengesetz durch eine besondere Rechtsfolgeanordnung von Pflichtverletzung

19) Würdinger § 3 III deutet das mehrfach an.

20) Die Bedeutung dieser Unterscheidung hat Westermann a.a.O. im Zusammenhang mit § 70 AktG a.F. untersucht.

gen, z.B. durch Anfechtungsmöglichkeiten, zum Ausdruck gebracht hat, daß ein Klageanspruch versagt werden sollte. Prozeßrechtlich wird schließlich auch die Frage nach der Vollstreckbarkeit zu beachten sein.

Alle diese Erwägungen dienen der Prüfung über die Schutzrichtung der jeweiligen Pflichten und der ihnen zugrunde liegenden gesetzlichen Vorschriften. Sie offenbaren, welche Fülle von Eigenarten im Gesellschaftsrecht vorzufinden sind.

Diese Vielzahl von Fragen stellt sich bei dem Versuch einer rechtssystematischen Einordnung der Probleme, die sich an die Pflichten des Aktienvorstandes knüpfen. Das weiter zu vertiefen ist unnötig, weil lediglich aufgezeigt werden sollte, daß den Pflichten nicht immer Ansprüche im Sinne des § 194 BGB entsprechen:

- a) § 118 Abs. 1 AktG bestimmt, daß die Aktionäre ihre Rechte "in den Angelegenheiten der Gesellschaft" in der Hauptversammlung ausüben, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Daraus folgt, daß ihre Rechte insoweit keine Ansprüche im Sinne des § 194 BGB und die internen Rechtsverhältnisse daher grundsätzlich intern zu regeln sind. Ausnahmen müssen "durch Gesetz" besonders zugelassen sein. Vor diesem Hintergrund müssen auch die Sondervorschriften über das Auskunftsrecht der Aktionäre als deren Individualanspruch gesehen werden; dasselbe ist für das Verständnis des gesetzlichen Minderheitenschutzes zu beachten.
- b) Gleiche Erwägungen wie für das Verhältnis zwischen Aktionär, Hauptversammlung und Vorstand sind in der Beziehung zwischen Aufsichtsrat und Aufsichtsratsmitglied einerseits sowie Vorstand andererseits zu berücksichtigen ²¹⁾.
- c) Daraus folgt: Aktionäre können nur in den vom Gesetz herausgehobenen Fällen gegen den Vorstand vorgehen, ebenso Aufsichtsratsmitglieder. Einen Rechtsstreit zwischen den Organen kann es dagegen nicht geben. Deswegen sind die Pflichten des Vorstandes

21) dazu neuerdings BayObLG in Die AG 1968/ 329 und die Besprechung des Beschlusses von Kunze in MbGespr 1969, 13.

gegenüber Aufsichtsrat und Hauptversammlung gerichtlich nicht durchsetzbar ²²⁾. Das Wort "Pflicht" hat im Aktienrecht daher häufig nicht dieselbe Bedeutung wie im allgemeinen Zivilrecht, wo es - von wenigen Ausnahmen abgesehen - mit einem Anspruch im Sinne des § 194 BGB korrespondiert.

Erstaunlicherweise wird weder in den Kommentaren noch in den Lehrbüchern zum Aktienrecht die Frage nach der gerichtlichen Durchsetzbarkeit der Pflichten allgemein erörtert. Das ändert jedoch nichts daran, daß diese Frage durchaus praktisch bedeutsam werden kann.

Soweit Pflichten des Vorstandes nicht im Klagewege durchsetzbar sind, mußte das Aktienrecht andere Wege zur Erzwingung der Pflichterfüllung durch den Vorstand vorsehen, sollten die gesetzlichen Pflichten nicht lediglich mehr oder weniger unverbindlicher Natur bleiben. Daraus erhellt schon die Notwendigkeit, mehrere Verantwortlichkeitsformen nebeneinander zur Verfügung zu stellen, um die am Leben der Aktiengesellschaft beteiligten Interessen zu schützen.

2. Schadensersatzpflichten des Vorstandes

Untersucht man Inhalt und Umfang der wichtigsten Form der Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, die Schadensersatzhaftung, findet man im AktG außer der Blankettvorschrift des § 93 eine Reihe weiterer Bestimmungen, welche die Vorstandsmitglieder betreffen: Die §§ 48, 53 in Verbindung mit §§ 50, 51 regeln die Haftung des Vorstandes im Zusammenhang mit der Gesellschaftsgründung; diese Vorschriften sollen hier beiseite bleiben, weil sie nicht die regelmäßige Geschäftsführung des Vorstandes betreffen.

22) vgl. dazu die vorstehende Fußnote und oben § 3 II 2. Entscheidend ist auch hier der Unterschied zwischen Kollektiv- und Individualanspruch bzw. -streit. Diese Rechte der Hauptversammlung und des Aufsichtsrats sind auch nicht gegenüber der Gesellschaft durchsetzbar, weil nicht diese, sondern der Vorstand für verpflichtet erklärt worden ist und genügend andere Möglichkeiten gegen den Vorstand zur (wenn auch mittelbaren) Erzwingung der Pflichterfüllung vorhanden sind.

Einen besonderen Fall der Schadensersatzpflicht des Vorstandes bestimmt § 88 Abs. 2 Satz 1 AktG; danach haben Vorstandsmitglieder bei Verstoß gegen ein genau umschriebenes Wettbewerbsverbot Schadensersatz zu leisten. Weiter kann eine Schadensersatzpflicht der Vorstandsmitglieder gem. § 117 Abs. 2 AktG eintreten, wenn sie sich schuldhaft in den Dienst dessen stellen, der von außen einen schädlichen Einfluß auf die Gesellschaft ausübt. Einige Formalien - die für die Geltendmachung und Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen freilich von erheblicher praktischer Bedeutung sind - findet man in den §§ 142, 147 AktG geregelt. Ergänzend ist § 112 zu beachten.

Besonders wichtig für die zukünftige Praxis der verbundenen Unternehmen sind die §§ 309, 310, 317, 318, 323, welche die Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder - vereinfacht ausgedrückt - der jeweiligen Ober- und Untergesellschaften betreffen. - Die vielen Einzelheiten aller dieser Vorschriften und die wenigen Unterschiede dieser Regelung gegenüber der des AktG 1937 können hier beiseite bleiben. Für die vorliegende Frage nach der Schutzrichtung von aktienrechtlichen Vorschriften ist aber ein Aspekt besonders wichtig, nämlich die Regelung für die Gläubigerseite dieser Ansprüche. Alle Vorschriften legen expressiv verbis die Gläubiger der einzelnen Ansprüche fest:

Gläubigerin des Anspruchs aus § 88 Abs. 2 Satz 1 ist die Gesellschaft. Dasselbe gilt für § 93 Abs. 2 Satz 1. Nach § 93 Abs. 5 Satz 1 kann dieser Anspruch jedoch auch u.U. von den Gesellschaftsgläubigern "geltend gemacht werden"; dieses Recht wird freilich im Falle des Konkurses der Gesellschaft vom Konkursverwalter wahrgenommen. Dieser Regelung des § 93 entspricht der § 117, allerdings kommen hier noch die Aktionäre als Gläubiger hinzu (§ 117, Abs. 1 Satz 2), jedoch nur soweit sie persönlich geschädigt sind, d.h. bei ihnen Nachteile neben denen der Gesellschaft entstehen.

Daraus folgt:

- a) Ist nur die Gesellschaft Gläubigerin von Schadensersatzansprüchen, können diese nur bei einer Verletzung solcher Pflichten ausgelöst werden, die gegenüber der Gesellschaft bestehen ²³⁾.

23) so ausdrücklich Würdinger § 21 VI 2 b.

- b) Im Falle des § 88 ist nur die Gesellschaft anspruchsberechtigt. Das folgt aus einem Vergleich dieser Vorschrift mit den §§ 93, 117. - Im Falle des § 93 sind niemals die Aktionäre anspruchsberechtigt oder auch nur einziehungsberechtigt. Das beweist das Fehlen einer Regelung der in § 117 enthaltenen Art ²⁴⁾.

§ 309 AktG, der die gesetzlichen Vertreter des aufgrund eines Beherrschungsvertrages herrschenden Unternehmens bei sorgfaltswidrigen Weisungen an abhängige Gesellschaften schadensersatzpflichtig macht, entspricht mit zwei geringfügigen Abweichungen dem § 117: die Aktionäre sind lediglich zur Geltendmachung der Ansprüche berechtigt; diese Befugnis geht im Falle des Konkurses der Untergesellschaft ebenso wie die der Gesellschaftsgläubiger auf den Konkursverwalter über. Dieselbe Regelung gilt kraft der Verweisung des § 310 Abs. 4 auch für die Haftung der Vorstandsmitglieder der Untergesellschaft, die sorgfaltswidrig eine rechtswidrige Weisung der Vertreter der Obergesellschaft ausführen. - Der Regelung des § 309, insbesondere wegen der Verweisung in Absatz 4, entspricht auch § 317 im wesentlichen. Diese Vorschrift regelt den dem § 309 entsprechenden Fall, nur daß ein Beherrschungsvertrag fehlt. Hier haften allerdings das herrschende Unternehmen und die gesetzlichen Vertreter gesamtschuldnerisch nebeneinander. Die Aktionäre haben einen dem § 117 entsprechenden eigenen Anspruch. Ebenso ist die Haftung der Vorstandsmitglieder der abhängigen Gesellschaft. - Gemäß § 323 Abs. 1 sind die §§ 309, 310 auf eingegliederte Gesellschaften und deren Hauptgesellschaften sinngemäß anzuwenden.

Betrachtet man alle diese Vorschriften, so wird klar, daß das Aktiengesetz die Schadensersatzpflicht vornehmlich gegenüber der Gesellschaft festlegt, nur in zwei Ausnahmefällen den Aktionären einen Schadensersatzanspruch zubilligt, die Gesellschaftsgläubiger dagegen lediglich eine Einziehungsberechtigung ²⁵⁾ für die Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen den Vorstand erhalten haben.

Wieweit Aktionäre und Gläubiger aufgrund allgemeiner zivilrechtlicher Vorschriften Ansprüche erwerben können, bleibt der späteren

24) sinngemäß ebenso Würdinger § 21 VI 2 a.

25) Godin-Wilhelmi § 93 Anm. 28, Würdinger wie in Anm. 24.

Untersuchung vorbehalten ²⁶⁾. Jedoch wird schon aus der Regelung des AktG offenkundig, daß bei jener Erörterung erhebliche Schwierigkeiten in den Konkurrenzfragen auftreten werden. Die einzelnen Bestimmungen des AktG darüber, wer jeweils Gläubiger des Schadensersatzanspruches ist, dürfen auf dem Umweg über das allgemeine Zivilrecht nicht durchbrochen werden, wenn nicht besondere Gründe das gebieten. Ob solche Gründe vorliegen, wird sich unter anderem auch danach bestimmen, welche Erwägungen den Gesetzgeber des AktG zu den Einschränkungen für die Gläubigerseite veranlaßt haben. - Unerörtert bleibt die Haftung der Vorstandsmitglieder nach außen, d.h. gegenüber Dritten, die nicht gerade Gläubiger sind. Insoweit handelt es sich nämlich allein - abgesehen von den in § 70 AktG a.F. angesprochenen Rechtssubjekten - um eine Frage des hier nicht interessierenden allgemeinen Zivilrechts.

Die Schadensersatzpflichten haben besondere Bedeutung in solchen Fällen, in denen die Pflichterfüllung selbst aus irgendeinem Grunde nicht durchsetzbar ist, weil durch ihre Existenz mittelbar die Pflichterfüllung gesichert wird. Aber auch bei gerichtlicher Durchsetzbarkeit der Pflicht ist die Schadensersatzpflicht ebenfalls die einzig mögliche, die beeinträchtigten Interessen noch wahrende Verantwortlichkeitsform, wenn die Pflicht schon verletzt worden und ihre Erfüllung nicht mehr nachholbar ist.

3. Strafbarkeit u.ä. der Vorstandsmitglieder

Als weitere Verantwortlichkeitsform gibt es im Aktienrecht nicht wenige Strafnormen (§§ 399 ff.). Das AktG unterscheidet bei den öffentlich-rechtlichen Sanktionen von Pflichtverletzungen durch Vorstandsmitglieder zwischen Kriminalstrafen, Ordnungswidrigkeiten und Ordnungsstrafen. Alle drei Arten von Sanktionen dienen jedoch dem gleichen Zweck, nämlich den Vorstand mittelbar zur Erfüllung seiner Pflichten zu veranlassen ²⁷⁾. Diese Verantwortlichkeitsform dient in erster Linie öffentlichen Belangen. Der Gesetzgeber sieht die

26) vgl. unten 3. Teil, §§ 6 - 10.

27) vgl. u.a. § 7 III unten wegen einiger Einzelfragen zu den §§ 399 ff. AktG.

durch Strafnormen abgesicherten Pflichten als so bedeutsam an, daß er einen im öffentlichen Interesse liegenden zusätzlichen Schutz geschaffen hat.

4. Abberufung des Vorstandes und Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung

Eine weitere Form der Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder ist die Möglichkeit ihrer Abberufung oder des Widerrufs ihrer Bestellung (§ 84 Abs. 3). Dadurch wird, wie bei den Strafvorschriften, die Pflichterfüllung nicht unmittelbar gewährleistet, vielmehr handelt es sich nur um einen mittelbaren Schutz. Dieser ist freilich deshalb sehr wirksam, weil die Abberufung eines Vorstandsmitgliedes durch den Aufsichtsrat eine sehr einschneidende Maßnahme für deren berufliche Entwicklung ist. Es genügt aber nicht jede Verletzung einer Pflicht, sondern nur eine grobe Verletzung (§ 84 Abs. 3 Satz 2 AktG).

Widerruf und Abberufung - beide Worte sind Synonyme für ein und denselben Vorgang - sind möglich, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Bekanntlich gehört die Konkretisierung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs zu einer der schwierigsten Aufgaben der Zivilrechtspraxis, wobei zu beachten ist, daß der Gesetzgeber diesen Begriff bei einer Vielzahl von Rechtsinstituten verwendet hat, was nicht von der Aufgabe enthebt, die Maßstäbe der Bewertung für Sinn, Zweck und Sachzusammenhang jedes Rechtsinstituts besonders festzulegen. § 84 Abs. 3 Satz 2 gibt durch eine beispielhafte Aufzählung eine wertvolle Orientierungshilfe. Die Vorschrift nennt drei Fälle: Grobe Pflichtverletzung, Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung und Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung. Die beiden ersten Beispiele stellen zwischen dieser Verantwortlichkeitsform und den Pflichten des Vorstandes eine Verbindung her, das zweite insoweit und deshalb, weil eine Reihe von Pflichtverletzungen des Vorstandes jenes Werturteil indizieren kann. Beachtenswert bleibt, daß der Gesetzgeber für das Beispiel "Pflichtverletzung" nicht näher regelt, um welche Arten von Pflichten es sich handeln muß. Daher kommen grundsätzlich alle Pflichten in Betracht, insbesondere nicht nur solche gegenüber dem Aufsichtsrat. Daß der Aufsichtsrat diese Maßnah-

me durchzuführen hat, beruht lediglich auf seiner Stellung als Wahlorgan, besagt aber nichts über die Art der verletzten Pflichten. Eine Beschränkung der Schutzrichtung des § 84 Abs. 3 AktG in diese Richtung wäre also nicht vertretbar.

Die Hauptversammlung kann jedenfalls ihrerseits die Vorstandsstellung nicht entziehen, sondern durch ihr Mißtrauensvotum lediglich den Aufsichtsrat zur Abberufung anregen. Der Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung setzt nicht notwendig eine Pflichtverletzung des Vorstandes voraus; vielmehr bedarf er grundsätzlich keiner Begründung.

Aus dem Vorstehenden folgt, daß der Abberufung nicht notwendig Pflichtverletzungen vorausgehen müssen. Insofern unterscheidet sich diese Verantwortlichkeitsform von den bisher erörterten, deren Anwendungsbereich und Schutzrichtung mithin enger als die des Rechtsinstituts "Abberufung" ist ²⁸⁾.

5. Kündigung des Anstellungsvertrages

Von der Abberufung aus der Organstellung ist die Beendigung des die Organstellung sichernden Vertrages zu unterscheiden. Das ergibt sich aus § 84 Abs. 1 Satz 5. Die Beendigung der Vorstandsstellung und die des Anstellungsvertrages sind verschieden geregelt, so daß beide nicht notwendig zusammenfallen müssen. Das zeigt § 84 Abs. 3 Satz 5. Die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen Abberufung und Kündigung ist nach Erlaß des neuen AktG angesichts des klaren Gesetzeswortlauts nicht mehr umstritten ²⁹⁾. Da der Anstellungsvertrag ein Geschäftsbesorgungsvertrag ist, gelten für die Beendigung des Vertrages gem. § 675 die §§ 626, 627 BGB. Ob der Anstellungsvertrag außerdem nach einem Widerruf der Vorstandsstellung auch durch ordentliche Kündigung gem. § 675 in Verbindung mit §§ 621, 622 BGB beendet werden kann, hängt von seinem Inhalt ab, wobei freilich nicht die Prüfung der Wirksamkeit einzelner Klauseln übergangen

28) im einzelnen dazu § 3 V.

29) Godin-Wilhelmi § 84 Anm. 3.

werden darf.

6. Rechtsunwirksamkeit von Maßnahmen des Vorstandes

Im folgenden werden nicht solche Unwirksamkeitsgründe untersucht, die sich aus dem allgemeinen Zivilrecht ergeben, sondern nur spezifisch aktienrechtliche Mängel von Vorstandshandlungen.

Abgesehen von einzelnen Vorschriften enthält das AktG 1965 solche Regeln nur in § 256 für den Jahresabschluß, der noch durch die §§ 258 - 261 beeinflusst wird. Daneben können aber Pflichtverletzungen des Vorstandes, die für Hauptversammlungsbeschlüsse kausal sind, diese Beschlüsse nichtig oder anfechtbar machen. Für erstere kann § 256 Abs. 6 Satz 1 bedeutsam werden, nach dem die Nichtigkeit nach Ablauf gewisser Fristen nicht mehr geltend gemacht werden kann. Das kann zu Auswirkungen auf Schadensersatzpflichten des Vorstandes führen.

7. Wiederwahl des Vorstandes

Die Vorstandsmitglieder werden nicht auf unbestimmte Zeit gewählt, sondern nur jeweils für einige Jahre (§ 84 Abs. 1 AktG). Die Wiederwahl steht im Belieben des Aufsichtsrats als Wahlorgan. Das Prinzip der begrenzten Amtszeit sichert auch die Wahrung der Interessen der Gesellschaft und ihrer Aktionäre, sie gestattet der Gesellschaft ohne Schwierigkeiten eine Trennung von Vorstandsmitgliedern. Jedes Vorstandsmitglied muß sich durch besondere Leistungen seiner Wiederbestellung verdienen ³⁰⁾. Das Institut liegt allerdings nicht im normativen, sondern rein tatsächlichen Bereich.

30) So wörtlich Baumbach-Hueck § 84 Anm. 5 mit Hinweis auf Schlegelberger-Quassowski.

IV. Die Bedeutung der Pflichten des Vorstandes für die verschiedenen Verantwortlichkeitsformen

Bei der Vielzahl der Pflichtenarten und der Verantwortlichkeitsformen wird man zu der Frage genötigt, welche Pflichtverstöße welche Verantwortlichkeitsformen auslösen oder ob jede Pflichtverletzung alle Arten der Verantwortlichkeitsformen nebeneinander eintreten läßt. Die Beantwortung dieser Fragen, die weiterhin auch das Verhältnis der Verantwortlichkeitsformen zueinander erhellt, setzt eine Klärung darüber voraus, ob alle diese Verantwortlichkeitsformen Pflichtverletzungen voraussetzen; das ist zwar im Vorstehenden bei den einzelnen Verantwortlichkeitsformen schon kurz angedeutet, aber noch nicht begründet worden.

1. Für die drei zuerst geschilderten Formen der Verantwortlichkeit - klagbare Ansprüche, Schadensersatzpflichten und Straftatbestände - ergibt sich schon aus deren Rechtsnatur und Schutzzweck, daß mit ihnen jeweils Rechtspflichten des Vorstandes korrespondieren. Während bei diesen Pflichtverletzungen vorliegen müssen, ist bei den klagbaren Ansprüchen lediglich ihre bisherige Nichterfüllung erforderlich. Ob alle drei Formen nebeneinander eingreifen, wenn ihre jeweiligen Voraussetzungen vorliegen, ist eine Konkurrenzfrage. Diese wird im nächsten Abschnitt behandelt.
2. Bei der Abberufung läßt sich die Frage dagegen nicht einheitlich beantworten. Einerseits löst nicht jede Pflichtverletzung diese Folge aus, sondern nur grobe Pflichtverletzungen. Zum anderen setzt ein "wichtiger Grund" nicht notwendig eine Pflichtverletzung voraus, wie auch das Beispiel "Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung" in § 84 Abs. 3 Satz 2 zeigt.

Ist bei § 84 Abs. 3 insoweit noch recht häufig eine Beziehung zwischen Pflichten und Verantwortlichkeit vorhanden, fehlt diese beim Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung völlig. Zwar werden in der Praxis dieser Maßnahme in der Regel eine Pflichtverletzung oder gar eine Reihe von Pflichtverletzungen vorausgehen, notwendig ist das indes nicht. Der Vertrauensentzug kann sogar grundlos erklärt werden. Ob dann freilich der Aufsichtsrat zur Abberufung ermächtigt wäre, ist eine andere Frage. In der

Regel wird sie zu verneinen sein. Immerhin zeigt sich hier - wenn auch vielleicht nur theoretisch - eine erhebliche Schwächung der Vorstandsstellung. Ein keine besonderen Erfordernisse voraussetzender Hauptversammlungsbeschluß kann zum Widerruf der Vorstandswahl durch den Aufsichtsrat ermächtigen. Sicherungen für das betroffene Vorstandsmitglied enthält das Gesetz kaum, wenn es das Vertrauen der Mehrheit der Aktionäre verloren hat. Nimmt die Hauptversammlung das zum Anlaß für einen Beschluß, durch den der Vertrauensentzug ausgesprochen wird, so braucht der Vertrauensverlust nicht objektiv gerechtfertigt zu sein; es genügt schon die Tatsache des Verlustes des rein subjektiven Vertrauens. Der Vorstand hat die Beweislast für das Vorhandensein offenbar unsachlicher Gründe ³¹⁾. Hieran wird im Zweifel jede Gegenwehr des Vorstandsmitgliedes scheitern. Die Tatsache der Beweislast für sich, der erhebliche Unterschied zwischen "sachlicher Grund" und "unsachlicher Grund" sowie das Merkmal "offenbar" schaffen fast unüberwindbare Hindernisse für ihn. Für den Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung und eine darauf gestützte Abberufung sind somit Pflichtverletzungen des Vorstandes nicht nötig.

Mißt man die Ausgestaltung dieser Rechtsstellung an den Maßstäben moderner sozialer Errungenschaften, kann man bei jenen Ergebnissen auf den ersten Blick bestürzt sein, insbesondere hinsichtlich der rechtlichen Bedeutung des Vertrauensentzuges. Zu beachten ist bei dieser Würdigung jedoch einmal, daß die Rechte des Vorstandes aus dem Anstellungsvertrag erhalten bleiben können. Daraus folgt aber lediglich eine Sicherung für die Bezüge. Ein Recht auf Beschäftigung ist dadurch nicht garantiert. Hinzu kommen noch die Folgen, die durch eine solche Abberufung für das berufliche Fortkommen und das persönliche Ansehen des Betroffenen eintreten können. All das wirft die Frage nach den gesetzgeberischen Erwägungen für derart weitgehende Befugnisse des Aufsichtsrats und der Hauptversammlung auf. Nachdem die bisherige Schilderung vom Standpunkt der Vorstandsmitglieder aus vorgenommen worden ist, bleibt auch noch die Kehrseite dieses Erscheinungsbildes zu betrachten: Fehlt es an einer Verknüpfung zwischen Pflichtverletzungen und dieser Verantwortlichkeitsform, müßte

31) arg. § 84 Abs. 3 AktG ("es sei denn, daß das Vertrauen aus offenbar unsachlichen Gründen entzogen worden ist").

klar sein, daß Aufsichtsrat und Hauptversammlung durch diese Befugnis vor anderen negativen Entwicklungen und Zuständen als vor Pflichtverletzungen des Vorstandes geschützt werden sollen.

Fragt man nach den Gründen des Gesetzgebers für die Einräumung der weitgehenden Machtpositionen an Aufsichtsrat und Hauptversammlung, muß das Recht des Anstellungsvertrages außer Betracht bleiben. Abzustellen ist also allein auf die Organstellung in der Gesellschaft. Diese Stellung gibt dem Vorstand für das Wohl der Gesellschaft umfangreiche Machtbefugnisse. Wenn diese auch durch vielfältige Pflichten gebunden sind, so bleibt dem Vorstand doch eine weitgehende Entscheidungsfreiheit. Die vielfältigen und schwerwiegenden Entscheidungen, die der Vorstand im wirtschaftlichen, kaufmännischen, technischen und sozialen Bereich zu fällen hat, bedeuten nicht lediglich eine Auswahl zwischen einer richtigen und einer oder mehreren falschen Alternativen, sondern lassen dem Vorstand einen weiten Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, also einen Freiheitsbereich. Bei wirtschaftlichen Entscheidungen wird das besonders deutlich: Ob diese oder jene Maßnahme für die Gesellschaft am günstigsten ist, läßt sich in der Regel nicht sicher beantworten, weil in einer dabei aufgemachten Rechnung viele Schätzungsfaktoren enthalten sind; schon der unvorhersehbare Nichteintritt einer Prognose kann die Entscheidung zu einer unwirtschaftlichen Geschäftsmaßnahme werden lassen. Dabei wird sich in vielen Fällen keine Pflichtverletzung des Vorstandes bejahen lassen. Diese Freiheit mußte dem Vorstand - und zwar ihm allein und in der Weise, daß ihm nicht von anderen irgendwelche Beschränkungen auferlegt werden können - vom Gesetzgeber aus vielerlei Gründen eingeräumt werden. Eine solche ungebundene Position räumt jemand einem anderen jedoch nur ein, wenn er zu ihm Vertrauen hat; er rechnet damit, daß der andere diese Freiheit zum besten dessen, der durch unrichtige Maßnahmen betroffen werden kann, handeln wird. Dieses Vertrauen kann aber schon verloren gehen, wenn Pflichtverletzungen lediglich zu befürchten sind oder wenn diese Freiheit unsachgemäß ausgeübt werden könnte, sogar das ist nicht einmal erforderlich ³²⁾. Der

32) BGHZ 13/192 = NJW 54/999 (linke Spalte). Die Kritik Dudens in BB 1961/225 ist durch das AktG 1965 gegenstandslos geworden.

Wahrung dieser Interessen dient das Rechtsinstitut des Vertrauensentzuges, letztlich aber auch das der Abberufung bzw. des Widerrufs. Ob jemand nun zu einem anderen Vertrauen hat oder nicht, läßt sich nicht losgelöst von rein subjektiven Wertungen ermes sen. Deshalb mußte der Hauptversammlung diese weitgehende, nicht oder kaum noch kontrollierbare Machtausübung gestattet werden. Gleichzeitig wird dadurch aber auch ihr Einfluß auf die Gesellschaftsführung gesichert. Der Vorstand wird dadurch auch zu besonders gründlicher Arbeit veranlaßt.

Dieser weitgehenden Rechtsmacht der Hauptversammlung entspricht eine gleiche Macht des Aufsichtsrats: wenn die Hauptversammlung dem Vorstand das Vertrauen entzieht, kann der Aufsichtsrat die Wahl des Vorstandes in der Regel widerrufen. Diese Verknüpfung war notwendig, weil der Aufsichtsrat alleiniges Abberufungsorgan bleiben soll. Dabei zeigt sich im Hinblick auf § 84 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 eine interessante Einschränkung. Der Aufsichtsrat hat zu prüfen, ob der Vertrauensentzug aus offenbar unsachlichen Gründen erfolgt ist. Der Hauptversammlungsbeschuß wird dadurch im Aufsichtsrat gleichsam gefiltert. Das wird deshalb angeordnet sein, weil der Aufsichtsrat weit bessere Beurteilungsmöglichkeiten als die Hauptversammlung hat: diese beruhen auf seiner umfangreichen, oft ständigen Beschäftigung mit dem Gedeih des Unternehmens, auf der Erfahrung der Aufsichtsratsmitglieder und den in einem kleinen Kreis garantierten besseren Arbeitsmöglichkeiten.

Müssen insoweit Aufsichtsrat und Hauptversammlung notwendigerweise gemeinschaftlich handeln, bleiben für den Aufsichtsrat noch selbständige Widerrufsmöglichkeiten, nämlich beim Vorliegen eines wichtigen Grundes. Freilich muß der Aufsichtsrat dann verschärfte Anforderungen erfüllen. Diese Differenzierung beruht auf der Einsicht des Gesetzgebers, daß eine Abberufung nur bei Vorliegen objektiv wichtiger Gründe notwendig ist. Die Milderung der Anforderungen für die Hauptversammlung erklärt sich demgegenüber wiederum aus der Tatsache, daß die Beurteilungsmöglichkeiten der Hauptversammlung gegenüber denen des Aufsichtsrats geringer sind. Der Hauptgrund für diese Befugnisse der Hauptversammlung liegt - wie gesagt - darin, daß der Vorstand eine weitgehend unkontrollierbare Macht gegenüber der Hauptversammlung und damit den Aktionären inne-

hat. Dem mußte der Gesetzgeber aus Paritätsgründen ein angemessenes Gewicht entgegensetzen. Deshalb müssen soziale Erwägungen der oben geschilderten Art zurücktreten. Im übrigen werden die sozialen Belange durch den Anstellungsvertrag und seine gesetzliche Ausgestaltung hinreichend berücksichtigt. Darüber hinaus haben die Vorstandmitglieder kraft ihrer Position auch genügend tatsächliche Möglichkeiten, soziale Risiken zu begrenzen³³⁾. Die Unabhängigkeit der Abberufung von Pflichtverletzungen und die große Bandbreite der zu ihr führenden Gründe verdeutlichen, daß der Schutzbereich oder die Schutzrichtung dieses Instituts erheblich weitergehen als der Interessenschutz durch Verantwortlichkeitsformen "Anspruch", "Schadensersatz" und "Strafnormen".

3. Bei der Kündigung des Anstellungsvertrages läßt sich ebensowenig wie bei der Abberufung eine einheitliche Antwort auf die Ausgangsfrage geben, ob und inwieweit Pflichtverletzungen des Vorstandes für die jeweilige Verantwortlichkeitsform Voraussetzungen sind. Es ist schon oben³⁴⁾ auf den Unterschied zwischen dem Widerruf und der Kündigung des Anstellungsvertrages hingewiesen worden. Das ist hier noch ein wenig zu vertiefen. Beide korrespondieren mit dem Unterschied zwischen der Organstellung des Vorstandsmitgliedes und dem rein internen Dienstverhältnis des Vorstandsmitgliedes zur Gesellschaft, das dessen Dienststellung festlegt. Dieses Rechtsverhältnis bestimmt sich je nach Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Dienste gemäß §§ 675, 611 ff. oder 662 ff. BGB. Der Widerruf bzw. die Abberufung ist das Verbot weiterer Tätigkeit als Vorstandsmitglied. Die Kündigung ist dagegen die Beseitigung des davon unabhängigen internen Rechtsverhältnisses. Beide Rechtsakte sind selbständig, können freilich zusammenfallen.- Im vorliegenden Zusammenhang interessiert wegen der Verbindung mit Pflichtverletzungen lediglich die Kündigung aus wichtigem Grund (§ 626 BGB). Fristgerechte Kündigungen können je nach der Vertragsgestaltung des Anstellungsvertrages ebenfalls möglich sein (§§ 621, 622 BGB), sind dann aber immer gestattet, ohne daß eine Pflichtverletzung nötig ist. Daher können sie hier außer Betracht bleiben. Ebenso scheidet die Anwendung des § 627 BGB re-

33) vgl. dazu Spieker in DB 1964/1287 ff., insbes. 1288.

34) vgl. S. 30.

gelmäßig aus, so daß diese Verantwortlichkeitsform ihre alleinige Rechtsgrundlage in § 626 BGB findet. Die fristlose Kündigung ist danach aus wichtigem Grund möglich. Ein wichtiger Grund wird aber nicht allein durch Pflichtverletzungen gesetzt. Dieserhalb kann auf das oben zu § 84 Abs. 3 Gesagte Bezug genommen werden. Hervorzuheben bleibt, daß damit nicht einer Gleichstellung der Gestaltungsrechte das Wort geredet wird. Beide werden wegen der funktionalen Abhängigkeit des Anstellungsvertrages von der Vorstandsstellung vielfach zusammentreffen, notwendig ist dies indes nicht. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem einen Partner die Fortsetzung des Rechtsverhältnisses nicht mehr zumutbar ist. Wann das anzunehmen ist, bestimmt sich nach dem Inhalt und damit nach der Natur des jeweiligen Rechtsverhältnisses; sie ist nach den im Spiele stehenden Interessen unterschiedlich. Diese sind bei einem Mietvertrag andersartig als beim Gesellschaftsvertrag. Deshalb können sich auch hier beim Organ- und Grundverhältnis Unterschiedlichkeiten ergeben. Das kann leicht bei einer Abberufung aufgrund des Vertrauensentzuges durch die Hauptversammlung eintreten, weil für die Berechtigung des Mißtrauensvotums kein wichtiger Grund vorzuliegen braucht.

Daraus folgt ein erheblicher Unterschied zur Abberufung. Hier ist in der Regel eine engere Beziehung zu Pflichtverstößen gegeben als dort, wobei aber nochmals zu betonen ist, daß ein wichtiger Grund auch ohne Pflichtverletzung angenommen werden kann.

4. Bei § 256 AktG ist dagegen wiederum eine unlösbare Beziehung zwischen einer Pflichtverletzung und der Unwirksamkeit als besonderer Verantwortlichkeitsform gegeben.

V. Das Konkurrenzverhältnis zwischen den einzelnen Verantwortlichkeitsformen

1. Es ist soeben dargetan, daß nicht alle Verantwortlichkeitsformen notwendig nebeneinander eingreifen. Das hat seine Ursache darin, daß die tatbestandlichen Voraussetzungen aller Verantwortlichkeitsformen unterschiedlich gefaßt sind. Die Tatsachen des Einzelfalles

können mithin für einen Teil der Verantwortlichkeitsformen ausreichend sein, für einen anderen nicht. So ist es möglich, daß eine Pflichtverletzung Schadensersatzfolgen auslöst, nicht aber eine Abberufung rechtfertigt; umgekehrt kann auch ein Verhalten eine Abberufung veranlassen, ohne daß gleichzeitig Schadensersatzfolgen eintreten können.

Derartige Fallgestaltungen verursachen keine besonderen rechtlichen Schwierigkeiten, wenn man den Sachverhalt genau ermittelt und sich streng an die gesetzlichen Voraussetzungen der einzelnen Verantwortlichkeitsformen hält.

2. Schwierigkeiten können erst bei der Frage entstehen, ob trotz der Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen mehrerer Verantwortlichkeitsformen eine einzige ausschließlich eingreift oder doch eine oder mehrere ausscheiden. Hierbei ist darüber zu entscheiden, wieviele Rechtsfolgen in einem bestimmten Fall eintreten. Dabei geht es nicht nur um das Verhältnis der rein aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsformen untereinander, sondern auch um die Einordnung der Rechtsfolgen des allgemeinen Zivilrechts in dieses Spezialrechtsgebiet.

Zu allen diesen Punkten, also zum Verhältnis der Verantwortlichkeitsformen zueinander, ist bisher weder im Schrifttum noch in der Rechtsprechung Stellung genommen worden. Es gibt aber Fallgestaltungen, bei denen diese Fragen erheblich werden.

Bei der Konkurrenzfrage geht es um die Entscheidung des Problems, ob bei der Erfüllung der Tatbestände mehrere Vorschriften alle ihre Rechtsfolgen nebeneinander eingreifen (kumulative Gesetzeskonkurrenz) oder eine bzw. mehrere Rechtsfolgen von anderen ausgeschlossen oder verdrängt werden (konsumierende Gesetzeskonkurrenz) ³⁵⁾.

Die letztgenannte Möglichkeit käme insbesondere dann in Betracht, wenn zwischen den einzelnen Verantwortlichkeitsformen ein Stufen-

35) Hier wird der Terminologie Nipperdeys gefolgt: Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1. Halbband, § 60.

verhältnis bestünde, das nach einem irgendwie gearteten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geordnet sein könnte. Dafür fehlt aber jeder Anhaltspunkt, weil nach den Ausführungen zu § 3 III mit jeder Verantwortlichkeitsform besondere und eigenständige Zwecke verfolgt werden und weil die einzelnen Verantwortlichkeitsformen auch verschiedene Rechtssubjekte schützen können. Daraus erklärt sich gewiß auch das Schweigen der Rechtsprechung und des Schrifttums zu den hier aufgeworfenen Fragen.

Auch aus dem Erfahrungssatz, daß sich in fast jedem Gesetz Fälle von konsumierender Gesetzeskonkurrenz finden, lassen sich keine Zweifel gegen jene Annahme herleiten. Der Gesetzgeber hat schon sachgerechte Rechtsfolgeausschlüsse durch die tatbestandliche Fassung der Vorschriften selbst vorgenommen; dieses braucht mithin nicht erst bei der Gesetzesauslegung erreicht zu werden. Das zeigt sich besonders deutlich bei der Nichtigkeitsfolge aufgrund der aktienrechtlichen Bestimmungen. Der Gesetzgeber hat Pflichten lediglich mit dieser Rechtsfolge belegt, weil er die Entscheidungsautonomie der AG und ihrer Organe erhalten wollte, allerdings auch mangels Justitiabilität nicht beschränken konnte. Deshalb stehen die einzelnen Verantwortlichkeitsformen im Verhältnis kumulativer Gesetzeskonkurrenz.

3. Teil :

Der Anwendungsbereich des § 823 Abs. 2 BGB im Bereich des Aktienrechts, insbesondere dessen Konkurrenzverhältnis zu aktienrechtlichen Schadensersatzvorschriften

§ 4 Einführung in die Problematik

Das Aktienrecht ist das Organisationsrecht der Gesellschaftsform "Aktiengesellschaft". Neben diese Normgruppe treten im allgemeinen Zivilrecht die Vorschriften über die unerlaubten Handlungen. Diese sind auch im Handelsrecht anwendbar. Das ergibt sich aus Artikel 2 Abs. 1 EGHGB. Dieser lautet: "In Handelssachen kommen die Vorschriften des BGB nur insoweit zur Anwendung, als nicht im Handelsgesetzbuch oder in diesem Gesetz anderes bestimmt ist".

Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift rechtfertigt sich daraus, daß das Aktienrecht ursprünglich ein Teil des HGB war und nur aus gesetzestechnischen Gründen aus ihm herausgelöst worden ist; dadurch sollte aber das Aktienrecht nicht aus seinem ursprünglichen materiellen Rahmen herausgenommen werden, wie z.B. auch die Fortgeltung des § 6 Abs. 1 HGB zeigt. Die §§ 823 ff. BGB bleiben also im Handelsrecht und auch im Aktienrecht grundsätzlich anwendbar, da diese Rechtsgebiete keine eigenständige Regelung für die unerlaubten Handlungen enthalten. In erster Linie ist daher lediglich zu prüfen, ob die Tatbestände der Vorschriften über die unerlaubten Handlungen erfüllt sind. Läßt sich das bejahen, können Zweifelsfragen erst bei Konkurrenzproblemen zwischen Vorschriften des Aktienrechts und Bestimmungen der §§ 823 ff. BGB entstehen. Hier ergeben sich gleiche Schwierigkeiten wie bei den viel behandelten Fragen des Verhältnisses zwischen dem Vertragsrecht und dem Recht der unerlaubten Handlungen. Hierzu sei etwa an die Fragen erinnert, welche Verjährungsvorschriften oder welcher Haftungsmaßstab vorrangig sind.

Hier interessiert allein die Frage, inwieweit § 823 Abs. 2 BGB im Aktienrecht von Bedeutung ist, weil die Feststellung der Schutzrichtung einer Norm schon zu dessen Tatbestand gehört. Dabei soll das Konkurrenzproblem zwischen dieser Vorschrift und dem aktienrechtlichen Haftungssystem an den Beispielen der Rechtsstellung der Gesell-

schaftsgläubiger und der Aktionäre untersucht werden.

Dieser Problemkreis ist nicht nur angesichts der Themenstellung bedeutsam, sondern auch deshalb besonders aktuell, weil er bei den Bemühungen um eine Vereinheitlichung der europäischen Gesellschaftsrechte im Rahmen der EWG Beachtung verdient, will man zu einer wirklichen Rechtseinheit kommen. In diese Richtung werden in letzter Zeit erhebliche Anstrengungen unternommen. Das beruht auf folgendem:

Gemäß Artikel 52 ff. des EWG-Vertrages sollen die Beschränkungen des freien Niederlassungsrechts zur Ausübung von Erwerbstätigkeiten im Gemeinschaftsbereich beseitigt werden. Zu diesem Zweck ist dem Rat und der Kommission der EWG u.a. gemäß § 54 Abs. 3 g zur Aufgabe gemacht, soweit erforderlich die Schutzbestimmungen zu koordinieren, die in den Mitgliedsstaaten den Gesellschaften im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese gleichwertig zu gestalten. Diese Arbeiten erfordern zur Vorbereitung eine Bestandsaufnahme über das jeweilige Landesrecht. Dabei ist von großer Bedeutung, inwieweit die einzelnen Gesellschaftsrechte in das allgemeine Zivilrechtssystem der Einzelstaaten eingebettet sind. Nur dann läßt sich die Frage entscheiden, inwieweit dieser Zusammenhang durch Sonderregelungen beseitigt werden muß, um zu einer einheitlichen Regelung gelangen zu können. - Noch bedeutsamer wird diese Frage, wenn im EWG-Bereich die französischen Vorschläge zur Schaffung einer supranationalen Rechtsform "Europäische Gesellschaft" verwirklicht werden sollten. Auch eine solche Rechtsform kann nur dann eine wahre Vereinheitlichung schaffen, wenn alle Bereiche aus den nationalen Rechten herausgelöst werden, das heißt, wenn nationales Recht auch nicht mehr subsidiär eingreift ¹⁾. Bei der Schaffung eines solchen Einheitsrechts muß auch entschieden werden, welche Haftungsvorschriften in ein dieses Ziel verwirklichendes Gesetz aufgenommen werden müssen. Die Regelung eines solchen Gemeinschaftsrechts muß nämlich

1) Zu dem hier angesprochenen Problemkreis insgesamt: Würdinger §§ 4 und 5; Geßler BB 1967/381 - 387; Bärman ACP 156/156 ff.; Spieker MbGespr 1961/10, 11 und 1964/146 - 148; neuerdings FAZ - Blick durch die Wirtschaft v. 24.4.1967, S. 3 "Entwurf für ein europäisches Aktienrecht"; von der Groeben, Auf dem Wege zur europäischen Aktiengesellschaft, AG 1967/95 - 102; v. Caemmerer, Europäische Aktiengesellschaft, in: Festgabe für Heinrich Kronstein, S. 171 - 202.

allumfassend sein, soll die Herauslösung eines Gemeinschaftsrechts aus den nationalen Rechten der einzelnen Mitgliedsstaaten gewährleistet werden. Anderenfalls würde subsidiär geltendes nationales Recht die Rechtseinheit, wenn auch nur in Teilbereichen, wieder zerstören können, zumindest jedoch zu einer Rechtsunsicherheit führen. Diese Frage wird insbesondere bei der Regelung der Haftungsvorschriften für Vorstandsmitglieder gegenüber Gesellschaftsgläubigern zu erörtern sein.

§ 5 Ergebnisse und Begründungen der bisherigen Praxis nach Rechtsprechung und Schrifttum

1. Die §§ 823 ff. BGB, insbesondere auch § 823 Abs. 2, sind grundsätzlich neben den speziellen haftungsrechtlichen Rechtsbehelfen des Aktienrechts anwendbar. Das ergibt sich aus Art. 2 EGHGB ²⁾. Inwieweit diese Vorschriften über die unerlaubten Handlungen hinter dem aktienrechtlichen Haftungssystem zurücktreten müssen bzw. von ihm ausgeschlossen werden, ist im Einzelfall von Einzelvorschrift zu Einzelvorschrift zu prüfen.

2. Bei der Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit aktienrechtlichen Vorschriften ³⁾ ist in erster Linie zu prüfen, zu wessen Gunsten eine aktienrechtliche Bestimmung Schutzgesetzcharakter haben soll. Der Schutzgesetzcharakter einer Bestimmung läßt sich nicht pauschal bejahen oder verneinen, die Frage kann vielmehr nur in bezug auf die verschiedenen in Betracht kommenden Rechtssubjektsgruppen beantwortet werden ⁴⁾. Dabei ist zu unterscheiden zwischen folgenden Rechtssubjekten, ohne daß freilich diese Unterscheidung bei den einzelnen Vorschriften notwendig relevant sein muß:

- 2) so erstmals RGZ 54/128 ff., in der Folgezeit ist die Rspr. davon immer als einer Selbstverständlichkeit ausgegangen. Aus dem Schrifttum vgl. statt aller Baumbach-Hueck § 93 Anm. 3.
- 3) Davon zu unterscheiden ist die Anwendung des § 823 Abs. 2 i.V. mit Vorschriften des allgemeinen Rechts im Zusammenhang mit Geschäften einer Aktiengesellschaft. Das ist im vorliegenden Bereich dann möglich, wenn Vorstandsmitglieder Handlungen begehen, die von den Verboten des Aktienrechts nicht mehr erfaßt werden. Dazu RG in JW 1938/3297; RGZ 158/248; BGH in BB 1961/652.
- 4) Dazu eingehend RG - JW 1935/3301. Davon ist die Rspr. stets ausgegangen und hat die Frage genau geprüft.

- a) der Gesellschaft,
- b) den Gesellschaftsgläubigern:
dabei kann u.U. eine Differenzierung danach notwendig sein, ob die Gläubigerstellung schon zur Zeit der schadensstiftenden Handlung bzw. des Schadenseintritts bestand. Ist das zu verneinen, kann der Gesellschaftsgläubiger auch zur Gruppe der sogenannten Dritten gehören.
- c) den Gesellschaftern, also den Aktionären:
hier kann die zu b) geschilderte Differenzierung ebenfalls notwendig sein.
- d) die Öffentlichkeit oder Dritte, d.h. solche, die zu der Gesellschaft zur Zeit der schädigenden Handlung bzw. des Schadenseintritts noch nicht in konkreten Rechtsbeziehungen stehen, also weder Gläubiger noch Gesellschafter sind, später aber ein Rechtsverhältnis begründen und die dann die Folgen einer schädigenden Handlung treffen können.

Diese Unterscheidung ist in der Rechtsprechung - zumindest terminologisch - nicht immer klar durchgeführt. Sachlich dürfte die Differenzierung freilich jeweils gelungen sein ⁵⁾.

Neben dieser Betrachtung der personellen Schutzrichtung von aktienrechtlichen Vorschriften ist weiterhin die der sachlichen Schutzrichtung anzustellen ⁶⁾.

3. Die Rechtsprechung hat bei der Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB im Aktienrecht und im Gesellschaftsrecht überhaupt fast immer Wert darauf gelegt - allerdings nicht ausdrücklich -, daß eine unter strafrechtlicher Sanktion stehende Pflicht der Gesellschaftsorgane bestand.

5) vgl. z.B. LG Mannheim in JZ 1954/448 - 450: dort werden die Gruppen "Gesellschafter" und "Dritte" miteinander vermischt; RGSt 45/210, 213: hier wird nicht klar unterschieden zwischen Personen, die zur Gesellschaft in rechtlichen Beziehungen stehen und solchen, die erst später möglicherweise in eine solche Verbindung eintreten können.

6) Dieser zweite Aspekt spielt ebenfalls in einer Unzahl von Entscheidungen eine Rolle. Vgl. statt vieler RGSt 38/195, 198, 199.

Das wird besonders deutlich in RGZ 159/211 ff., wo nicht die eine Pflicht begründende zivilrechtliche Vorschrift herangezogen wurde, sondern die entsprechende strafrechtliche Bestimmung ⁷⁾. Dort wird im übrigen noch ausdrücklich hervorgehoben, wenn auch nicht begründet, daß die zivilrechtliche Vorschrift keine selbständige Schutzbestimmung sei.

Eine strafrechtliche Sanktion fehlte lediglich bei der Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit § 69 GenG ⁸⁾, ebenso bei § 42 Abs. 2 BGB ⁹⁾. Der BGH stellt dagegen vornehmlich auf die zivilrechtliche Vorschrift des § 64 GmbHG ab ¹⁰⁾.

Nach allgemeiner Meinung ¹¹⁾ können auch zivilrechtliche Vorschriften Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB sein. Diese generelle Aussage hat freilich zuletzt eine u.U. sehr erhebliche Konkretisierung und Einschränkung erfahren, die allerdings noch nicht geklärt ist. Schröder ¹²⁾ weist im Anschluß an Enneccerus-Lehmann ¹³⁾ darauf hin, daß privatrechtliche Vorschriften dann keine Schutzgesetze seien, wenn sie lediglich - wie im Regelfall - den Macht- und Pflichtenkreis der beteiligten einzelnen Rechtssubjekte bestimmen wollen. Die Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB erfordere die Erkennbarkeit des Zweckes einer besonderen Schutzgewährung gegen Rechtsverletzungen. Danach können zivilrechtliche Vorschriften idR nicht als Schutzgesetze i.S. von § 823 Abs. 2 BGB angesehen werden, wenn andere zivilrechtliche, insbesondere vertragsrechtliche Ansprüche einen ausreichenden Schutz für die beteiligten Interessenten sichern. Der Schutzgesetzcharakter einer zivilrechtlichen Vorschrift wird dann abgelehnt, weil das Recht des jeweiligen Rechtsverhältnisses einen hinreichenden Schutz gewährleistet ¹⁴⁾.

7) Im übrigen geht die Rspr. auf diese Frage nicht ein, hebt aber immer auf strafrechtliche Bestimmungen ab, nennt zumindest diese jeweils i.V. mit den entsprechenden zivilrechtlichen Bestimmungen.

8) RGZ 59/49 = JW 1904/554 und LG Mannheim in JZ 1954/448 ff.

9) RG in HRR 1936 Nr. 524.

10) BGHZ 29/100 = NJW 1959/623 = MDR 1959/292 = JZ 1959/573 = BB 1959/208 = DB 1959/230 = LM Nr. 26 zu § 823 BGB B J, z.T. mit Anm.

11) statt aller Palandt-Gramm § 823 Anm. 9a.

12) in Soergel-Siebert § 823 Anm. 460.

13) a.a.O. § 235 I 16.

14) ebenso BGH in NJW 1965/534, allerdings nicht für zivilrechtliche Vorschriften i.V. mit § 823 Abs. 2 BGB.

Dieser Ansicht ist zu folgen, weil sie Grundsätze, die in der Lehre von der Anspruchskonkurrenz seit langem anerkannt sind, für das vorliegende Spezialproblem nutzbar macht. Die Frage, ob bei der Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB eine strafrechtliche oder eine zivilrechtliche Schutzbestimmung heranzuziehen ist, kann von nicht unerheblicher praktischer Bedeutung sein; die Auswahl zwischen beiden bestimmt nämlich Umfang und Stärke des Rechtsschutzes gegen rechtswidriges Verhalten der Vorstandsmitglieder. Die Strafbestimmungen der §§ 399 ff. AktG sind in der Regel enger als die entsprechenden zivilrechtlichen Vorschriften, auf denen jene aufbauen, sie setzen aber auch in der Regel ein vorsätzliches Verhalten voraus ¹⁵⁾, während die zivilrechtlichen Bestimmungen schon den bloß objektiven Verstoß untersagen. Setzt aber das Schutzgesetz ein vorsätzliches Handeln voraus, kann ein Anspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB auch nur bei Vorliegen eines Vorsatzes gegeben sein ¹⁶⁾. Sind die zivilrechtlichen Vorschriften heranzuziehen, genügt dagegen jeder Verschuldensgrad. Dieses Problem ist in der Rechtsprechung bei der Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB im Gesellschaftsrecht noch nicht erörtert worden; auch das Schrifttum geht darauf nicht ein.

4. § 823 Abs. 2 BGB ist von der Rechtsprechung für unanwendbar erklärt worden:

a) i.V.m. § 93 AktG, und zwar sowohl für Aktionäre als auch für Gläubiger ¹⁷⁾:

aa) für jene hat die Rechtsprechung das wie folgt begründet: § 93 AktG und die Vorschriften, deren Verletzung in § 93 mit Haftungsfolgen belegt werden, regelten nur das Rechtsverhältnis zwischen der AG und den Vorstandsmitgliedern. Dagegen bestehe ein Rechtsverhältnis zwischen diesen und Aktionären nicht.

15) Godin-Wilhelmi § 399 Anm. 12; § 400 Anm. 7; § 404 Anm. 5.

16) statt aller BGH in NJW 1962/910 mit vielen weiteren Nachweisen.

17) RGZ 59/49 = JW 1904/554; RG in JW 1910/109 Nr. 9 = LZ 1910/219 Nr. 36; RGZ 63/324 = JW 1906/464; RGZ 73/30 u. 392; RGZ 115/289; RG in JW 1935/3301; RGZ 158/248; RGZ 159/211; die Entscheidungen beziehen sich zwar auf das vor 1937 das Aktienrecht regelnde HGB, sie treffen aber auch für das AktG 1965 zu.

bb) Bei den Gläubigern ist die Begründung anders, allerdings nicht einheitlich. Vornehmlich wird gesagt, § 823 Abs. 2 BGB müsse deshalb ausscheiden, weil § 93 Abs. 5 AktG eine Spezialregelung für diese Rechtsbeziehung enthalte (nichts anderes kann gemeint sein, wenn in Entscheidungen ausgeführt wird, andernfalls sei § 93 Abs. 5 überflüssig oder die Gläubiger seien schon in § 93 bedacht).

b) In Verbindung mit §§ 188 Abs. 2, 36 Abs. 2 und 37 Abs. 1 neben § 399 Anm. 1 Ziff. 4 AktG ¹⁸⁾.

5. Dagegen ist der Schutzgesetzcharakter folgender Vorschriften bejaht worden, wobei gleichzeitig der geschützte Personenkreis wie der sachliche Schutzbereich - soweit die Rechtsprechung dazu Stellung genommen hat - erwähnt werden sollen:

- a) § 294 AktG 1937 bzw. § 312 HGB ¹⁹⁾
für Aktiengesellschaften und Aktionäre ²⁰⁾; nicht für Gesellschaftsgläubiger ²¹⁾, spätere Aktionäre (also solche, die erst nach der Untreuehandlung beitreten) ²²⁾.
- b) § 399 Abs. 1 Ziff. 4 AktG
für Gesellschaft ²³⁾, Aktionäre, Dritte ²⁴⁾ und Gläubiger ²⁵⁾.
- c) § 400 Ziff. 1 AktG
für Gesellschaft, Gläubiger, Aktionäre und Dritte ²⁶⁾; sachlicher Schutzzumfang: alle Angaben, die zu einer falschen Beurteilung der Lage der Gesellschaft führen können, und zwar gleichgültig, in

18) RGZ 159/211 ff., allerdings ohne jede Begründung.

19) Die Vorschriften betrafen die sog. aktienrechtliche Untreue. In das AktG 1965 ist eine solche Regelung nicht übernommen worden, weil der Gesetzgeber den Schutz des § 266 StGB als ausreichend ansah. Vgl. Kropff, Aktiengesetz S. 498.

20) RGZ 115/289 ff.; RGZ 142/223 ff., 228 = JW 1934/554; RGZ 158/248.

21) RG in JW 1935/3301 ff.

22) RGZ 157/213 ff. = JW 1938/1653.

23) RG in HRR 1933 Nr. 1318.

24) RGZ 157/213 ff. = JW 1938/1653; RG in JW 1938/3297.

25) RGZ 159/211 ff.

26) RGSt 37/433; 38/195, 198, 199; 41/293 ff., 298, 301; 43/407; 45/210, 213; 64/422, 424 = JW 1931/203; RGZ 81/269 = JW 1913/443, 444; RG in JW 1935/2427 und 3614; RG in LZ 1909/66 u. 67 und 1908/854 Nr. 4; RGZ 157/213 ff. = JW 1938/1653; RG in JW 1938/3297; unzutreffend und widersprüchlich, aber auch ohne Begründung: Godin-Wilhelmi § 93 Anm. 8 u. 32 u. Vorb. vor § 399 letzter Absatz.

welcher Art von Berichten sie gemacht werden, sofern diese nur der Öffentlichkeit zugänglich sind ²⁷⁾).

- d) § 401 Abs. 1 Ziff. 2 i.V.m. § 92 Abs. 2 AktG für Gläubiger und Aktionäre, nicht für Dritte ²⁸⁾.

6. Von besonderer Bedeutung im vorliegenden Zusammenhang ist schließlich die Frage nach dem Verhältnis der Schadensersatzansprüche von Aktionären und Gesellschaftsgläubigern gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit aktienrechtlichen Vorschriften und der Ansprüche der Gesellschaft. Diese Abgrenzung ist entscheidend für Bestimmung des Schutzzinhalts der beiden Gruppen von Haftungsnormen. Die Rechtsprechung ²⁹⁾ hat sich bisher lediglich mit dem Verhältnis der Schadensersatzansprüche von Gesellschaft und Aktionären beschäftigt, diese jedoch nicht abschließend geklärt.

Erstmals ist das RG im Urteil vom 10.11.1926 ³⁰⁾ auf diese Konkurrenzfrage - wenn auch nur kurz - eingegangen: ein Schadensersatzanspruch der AG schließe, jedenfalls solange er noch nicht befriedigt sei, einen Schadensersatzanspruch des einzelnen Aktionärs nicht aus. Der Aktionär sei nicht darauf beschränkt, seine Rechte und Interessen im Rahmen der AG ³¹⁾ und durch ihre Organe wahrzunehmen bzw. wahrnehmen zu lassen. Eine klare Trennung der Interessen- und Vermögensbereiche von Gesellschaft und Gesellschaftern, damit auch der Schadensbereiche, scheint das RG bei der Abfassung des ersten Satzes nicht für möglich gehalten zu haben: wenn das RG auf die Befriedigung der Ansprüche abstellt und damit erklärt, daß die Erfüllung gegenüber einem Gläubiger auch die Rechte des anderen Gläubigers berühren könne, so muß es folgerichtig annehmen, daß durch beide Ansprüche gleiche Rechte und Interessen geschützt werden.

Im vorderen Teil des Urteils findet man freilich Bemerkungen, die auf eine gewisse Trennbarkeit der Interessenbereiche beider Rechts-

27) RGSt 38/195, 198, 199; RGZ 81/269.

28) RG in JW 1935/3301 ff. u. RGZ 159/211 ff.; RG in HRR 1936 Nr. 524 für § 42 Abs. 2 BGB.

29) RGZ 115/289 ff. u. RGZ 157/213 ff. = JW 1938/1653.

30) RGZ 115/289 ff.

31) damit will das RG offenbar den Rechtsgedanken des § 118 Abs. 1 AktG ansprechen.

subjekte hindeuten: "In wessen Hände sich die einzelnen Aktien befinden, ist für die AG als solche gleichgültig; ihr wäre durch eine sittenwidrige Schädigung der Aktionäre kein Schaden entstanden und sie wäre daher zur Geltendmachung hierauf gestützter Ansprüche nicht in der Lage". - Im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung sind dazu ergänzend noch folgende Sätze des RG bedeutsam: "Zweck der Kapitalerhöhung ist die Gewinnung weiterer finanzieller Mittel für die AG. Die Aktionäre können insoweit unmittelbar geschädigt sein, als ihr Aktienbesitz durch eine starke Kapitalerhöhung verwässert und auch noch dadurch entwertet wird, daß irgendwelche neue Mittel der AG für einen Großteil der jungen Aktien nicht zugeflossen sind". - Im letzten Satz wird angedeutet, daß Aktionäre durch eine Schädigung der AG auch mittelbar geschädigt werden können. Wegen der Verschiedenartigkeit der bei den Aktionären eintretenden Schäden (einmal unmittelbarer, d.h. nicht auch der AG erwachsener Schaden, und zum anderen mittelbarer, d.h. durch eine Schädigung der AG vermittelter Schaden der Aktionäre) wird das RG seinen Schlußsatz durch den Gebrauch des Wortes "jedenfalls" vorsichtig formuliert haben. -

Im Urteil vom 3.5.1938 ³²⁾ legt das RG gründlicher dar, daß eine Kongruenz der Schäden von Gesellschaft und Aktionären nicht notwendig sei: Man könne nicht allgemein sagen, der Schaden des Aktionärs bestehe in der Entwertung des Gesellschaftsvermögens und einer dadurch bedingten Verminderung des inneren Wertes der Aktien. Das werde für den Fall der sog. aktienrechtlichen Untreue in der Regel zutreffen; es sei aber fraglich, ob der Aktienwert durch Untreuehandlungen überhaupt jemals beeinflusst werde. - In den Fällen der §§ 399, 400 AktG brauche dagegen die AG selbst nicht notwendig geschädigt zu sein, wenn auch die vertrauenden Aktienerwerber einen Nachteil erlitten hätten. Deshalb brauche sich der Schaden der AG und der der Aktionäre nicht immer zu decken. Eine genaue Abgrenzung der Schadensbereiche brauchte das RG nicht vorzunehmen.

Von Interesse für die Bedeutung der Schadensbereiche sind im übrigen noch einige weitere Ausführungen des RG: der Schaden des Aktionärs bestehe oft gerade darin, daß das Gesellschaftsvermögen geschädigt

32) RGZ 157/213 = JW 1938/1653 mit Anm. v. Ruth.

sei und die Aktie deshalb an Wert verloren habe. Darin sieht aber das RG keinen Hinderungsgrund für die Annahme eines eigenen Schadenersatzanspruchs der Aktionäre, insbesondere stehe dem nicht die Mittelbarkeit des Schadens entgegen.

Schließlich erwähnt das RG auch in dieser Entscheidung das Verhältnis von Ansprüchen der Gesellschaft und der Aktionäre und den Gesichtspunkt einer evtl. Doppelhaftung gegenüber beiden Rechtssubjektsgruppen. Das RG läßt aber die Fragen dahingestellt, ebenso die Richtigkeit der damals im Schrifttum aufgestellten These, nach der die Aktionäre Ansprüche gem. §§ 823 ff. BGB erst dann stellen können, wenn feststeht, daß die AG an der Verfolgung ihrer Ansprüche kein Interesse hat. Auch im Schrifttum ist das Konkurrenzverhältnis ungeklärt und streitig ³³⁾.

§ 6 Die Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit aktienrechtlichen Vorschriften zugunsten der Gesellschaftsgläubiger durch das aktienrechtliche Haftungssystem

Das Konkurrenzverhältnis zwischen den Schadenersatznormengruppen des Aktiengesetzes einerseits und des Rechts der unerlaubten Handlungen andererseits läßt sich nicht einheitlich für alle am Rechtsleben einer Aktiengesellschaft beteiligten Rechtssubjektsgruppen, also Aktionäre, Gläubiger und Dritte, beantworten. Das ergibt sich daraus, daß diese verschiedenen Gruppen nach dem Aktienrecht unterschiedliche Rechtsstellungen gegenüber der Gesellschaft haben. Das erhellt für die hier interessierende Gruppe der Gesellschaftsgläubiger insbesondere aus der Sonderregelung des AktG in § 93. Es gibt eine Reihe von Vorschriften im AktG, die durch das Verbot bestimmter Handlungen letztlich vornehmlich dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger dienen. Dazu gehören insbesondere die Vorschriften, deren Verletzung mit den besonderen haftungsrechtlichen Konsequenzen des § 93 Abs. 2 und 5 AktG belegt sind. Nur die Gesellschaftsgläubiger sind nach diesen Vorschriften anspruchsberechtigt, obwohl durch die sanktionierten

33) Ruth JW 1938/1657; Gadow-Heinichen § 84 Anm. 73, 74; Godin-Wilhelmi § 93 Anm. 32; Baumbach-Hueck (12. Aufl.) § 84 Anm. 1 B und C; Teichmann-Koehler § 84 Anm. 57; Schlegelberger-Quassowski § 84 Anm. 29, 30; Brodmann § 241 Anm. 6; Ritter § 84 Anm. 11 - 14.

Handlungen auch die Aktionäre geschädigt werden können. Daraus folgt die Notwendigkeit, das eingangs genannte Konkurrenzverhältnis für die verschiedenen Personengruppen getrennt zu untersuchen.

Die Sonderregelung des § 93 Abs. 5 AktG für die Gesellschaftsgläubiger wirft die Frage auf, ob neben ihr auch Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger aus § 823 Abs. 2 BGB - freilich nur für den von § 93 Abs. 5 AktG erfaßten Bereich - denkbar sind. Die Frage muß aus einer Reihe von Gründen verneint werden. Wollte man neben § 93 Abs. 5 AktG auch § 823 Abs. 2 BGB zugunsten der Gläubiger anwenden, würde das Haftungssystem des AktG durchbrochen oder unterlaufen, und zwar aus folgenden Gründen: In den Fällen des § 93 Abs. 3 genügt wohl eine einfache Fahrlässigkeit, gleichwohl können die Gläubiger nur einen Anspruch der Gesellschaft, und zwar lediglich unter besonderen Voraussetzungen geltend machen. - Bei anderen als den in § 93 Abs. 3 bezeichneten Pflichtverletzungen der Vorstandsmitglieder, mögen diese auch gegen sonstige dem Gläubigerschutz dienende Vorschriften gerichtet sein, haben Gesellschaftsgläubiger dennoch nur bei grober Fahrlässigkeit ein Recht zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen. - Daß der Gesetzgeber neben § 93 AktG den Gläubigern keine eigenen Ersatzansprüche, auch nicht über § 823 Abs. 2 BGB, zugestehen wollte, erhellt auch aus § 93 Abs. 5 Satz 3 AktG; die Geltungsbeschränkungen für Vergleiche und Verzichte wären nämlich unnötig gewesen, hätten die Gläubiger nach dem Willen des Gesetzgebers eigene, nicht von der Aktiengesellschaft abgeleitete Ansprüche. Im übrigen wäre bei Bestehen eigener, unmittelbarer Ansprüche der Gläubiger nach § 823 Abs. 2 BGB eine aktienrechtliche Sonderregelung der in § 93 Abs. 5 AktG bestimmten Art zugunsten der Gesellschaftsgläubiger überflüssig gewesen ³⁴⁾.

§ 93 Abs. 5 AktG wurde zur Erleichterung der Rechtsverfolgung für die Gesellschaftsgläubiger geschaffen, weil nach Ansicht des Gesetzgebers eigene Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger gegen den Vorstand nicht bestanden. Diese Sonderregelung wäre nur dann sinnvoll, wenn den Gesellschaftsgläubigern durch die Eingriffsmöglichkeit über § 93 Abs. 5 AktG in dem Innenverhältnis zwischen Gesellschaft und Vorstandsmitgliedern besondere Vorteile erwachsen könnten, die sie bei einer direkten Anspruchskonstruktion von sich zu den Vor-

34) RG in JW 1935/3301.

standsmitgliedern nicht hätten. Für dahingehende Intentionen des Gesetzgebers ergeben sich jedoch keine Anhaltspunkte. - Schließlich sind die Gläubiger durch § 93 Abs. 5 AktG auch genügend gesichert, da nach dieser Bestimmung durch die Einbeziehung eines weiteren Rechtssubjektes im wesentlichen die frühere Befriedigungsmöglichkeit bei der Aktiengesellschaft wirtschaftlich wiederhergestellt wird; der Schaden der Gläubiger wird nämlich durch die Schädigung der Gesellschaft vermittelt. Aus alledem ergibt sich für den Schutz der Gesellschaftsgläubiger: Über § 823 Abs. 2 BGB können eigene Schadensersatzansprüche für diese nicht anerkannt werden, insbesondere auch nicht bei einfacher Fahrlässigkeit, soweit die Schädigungshandlung in den Regelungsbereich des § 93 Abs. 5 AktG fällt.

Dieses Ergebnis ist eine konsequente Folge der Verselbständigung der Aktiengesellschaft zum Rechtssubjekt; deren interne Rechtsverhältnisse haben für ihre Außenbeziehung zu Dritten keine Bedeutung.

Dieses Ergebnis läßt die bisherige Rechtsprechung zu den §§ 92, 401 AktG i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB bedenklich erscheinen. Das RG hat Schadensersatzansprüche von Gesellschaftsgläubigern nach diesen Vorschriften zweimal bejaht ³⁵⁾; auch die Literatur ist dem beigetreten ³⁶⁾. Schließlich hat auch der BGH ³⁷⁾ bei der Anwendung des § 64 GmbHG als Schutzgesetz i.S. von § 823 Abs. 2 BGB auf diese Rechtsprechung hingewiesen, sie damit bestätigt. Man kann also nicht umhin, dieses Ergebnis heute als allgemeine Meinung zu bezeichnen ³⁸⁾. Gleichwohl bleiben angesichts der geschilderten Systematik des AktG und der damit verbundenen Rechtsbeschneidung für das Haftungsrecht zugunsten der Gesellschaftsgläubiger Bedenken, weil zumindest auf den ersten Blick die Gefahr besteht, daß durch die Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB in diesem Bereich das aktienrechtliche Haftungssystem unterlaufen wird, ohne daß dafür ein sachlich rechtfertigendes Unterschiedsmerkmal angeführt werden kann. Die Gläubiger könnten über § 823 Abs. 2 BGB Ansprüche schon bei leichter Fahrlässigkeit erwer-

35) RG in JW 1935/3301 und RGZ 159/211 ff.

36) Godin-Wilhelmi § 92 Anm. 1; Gadow-Heinichen § 84 Anm. 66 (sogar noch weitergehend); Baumbach-Hueck (12. Aufl.) § 83 Anm. 3 B a.E.

37) BGHZ 29/100.

38) a.A. lediglich die Vorinstanz bei RG in JW 1935/3301.

ben, obwohl § 93 Abs. 5 grobe Fahrlässigkeit verlangt; der Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB wäre anders als der gemäß § 93 Abs. 5 nicht davon abhängig, daß die Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können. Deshalb kann es notwendig sein, den Schutzbereich des § 823 Abs. 2 BGB auch insoweit als durch die aktienrechtlichen Spezialvorschriften des § 93 beschränkt anzusehen.

a) Das erste Bedenken gegen die bisher allgemein vertretene Ansicht zu §§ 92 und 401 AktG ergibt sich aus dem Nebeneinander der Schadensersatzansprüche für Gesellschaftsgläubiger gemäß § 93 Abs. 5 Satz 1 i.V.m. § 93 Abs. 3 Ziff. 6 AktG und gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 401, 92 Abs. 2 und 3 AktG. Dieser Anspruch geht für den Gesellschaftsgläubiger sachlich - abgesehen von der abweichenden Konstruktion der Ansprüche: dieser als unmittelbarer Anspruch, jener als von der Gesellschaft abgeleiteter Anspruch - offenbar weiter als jener. Das suchte das RG mit der Bemerkung zu rechtfertigen, daß jener Anspruch nur vor Zahlungen durch die Gesellschaftsverwaltung schütze, nicht jedoch vor anderen Gefahren für die Gläubigersicherheit, wie z.B. vor Zwangsvollstreckungen, und daß dieser Anspruch auch eine bessere Sicherung vor Verstößen gegen die Antragspflichten schaffe, Vorstandsmitglieder damit wohl abschrecken soll. Abgesehen davon, daß das RG auch noch das immer Zweifel an der Richtigkeit weckende "nicht zweifelhaft" für diese Lösung anfügte, ist auch zu bemängeln, daß weder das RG noch die ihm folgenden Stimmen einen Satz über das Verhältnis beider Ansprüche zueinander hinzufügten; letzteres ist gewiß nicht nur eine Frage für die Berechnung der Anspruchshöhe.

Der erste Teil der Begründung des RG vermag deshalb nicht zu überzeugen, weil die größte Gefahr für die Sicherheit der Gesellschaftsgläubiger durch unzulässige Zahlungen der Vorstandsmitglieder bedingt wird, nicht so sehr durch Zwangsvollstreckung. Es ist nicht einzusehen, warum die Gläubiger vor der größeren Gefahr durch den schwächeren Anspruch des § 93 AktG geschützt werden sollen. Es kommt hinzu, daß man die Gefahr der Zwangsvollstreckungen für den Schutz der Gläubiger durch eine analoge Anwendung des § 93 Abs. 3 Ziff. 6 AktG bannen kann; freiwillige Zahlungen und Zwangsmaßnahmen werden auch in sonstigen Gesetzen ausdrücklich gleich bewertet (z.B. §§ 161 Abs. 1 Satz 2, 883 Abs. 2 Satz 2 BGB), bei Fehlen einer aus-

drücklichen Anordnung bezieht die Rechtsprechung Zwangsmaßnahmen im Wege der Analogie ein, wenn nicht - wie z.B. bei § 878 BGB - besondere Gründe dieses verbieten ³⁹⁾. Solche besonderen Gründe liegen hier nicht vor; die Vorstandsmitglieder können nämlich durch die Veranlassung einer Konkursverfahrenseröffnung gemäß § 14 KO Einzelzwangsvollstreckungen verhindern. Da deshalb auch Zwangsvollstreckungen gegen die Gesellschaft mittelbar auf dem Willen der Vorstandsmitglieder beruhen, besteht hier kein Anlaß, freiwillige Zahlungen und durch Zwangsvollstreckungen herbeigeführte Leistungen rechtlich unterschiedlich zu behandeln.

Der zweite Teil der Begründung des RG, daß diese Lösung einen wirksameren Schutz schaffe, kann die oben geschilderten Bedenken aus § 93 und damit aus dem spezialgesetzlich geregelten Haftungssystem nicht entkräften. Diese These mag rechtspolitisch zutreffen, gleichwohl kann sie nur für den Gesetzgeber ein Motiv zur Gestaltung des Schutzes sein, nicht aber für den Gesetzesausleger, wenn die dadurch gefundene Lösung dem speziell geregelten Haftungssystem widerspricht.

b) Die Ansicht des RG hat auch keine Stützung durch die Neufassung der §§ 92, 93 AktG gegenüber der alten Fassung in den §§ 83, 84 AktG 1937 erfahren. § 92 Abs. 3 AktG enthält im Gegensatz zu § 83 a.F. ein ausdrückliches Zahlungsverbot; außerdem ist die Ausnahme zu diesem Verbot von § 84 Abs. 3 Ziff. 6 a.F. in § 92 Abs. 3 Satz 2 n.F. vorgezogen worden. Im übrigen ist der Wortlaut beider Bestimmungen identisch. Bei dieser Abänderung des Gesetzeswortlautes handelt es sich jedoch lediglich um eine redaktionelle Verbesserung des Gesetzes, nicht um eine sachliche Abänderung. Wenn die §§ 83, 84 a.F. das Verbot nicht ausdrücklich aussprachen, so waren doch Zahlungen durch die haftungsrechtliche Sanktion mittelbar verboten. Das nun eingeführte ausdrückliche Verbot schafft lediglich eine Gleichheit für § 93 Abs. 3 Ziff. 6 n.F. im Verhältnis zu den anderen Ziffern des § 93 Abs. 3. Auch für die anderen Ziffern enthält nämlich das AktG an anderen Stellen ausdrückliche Verbote. Daher kann der Einführung des § 92 Abs. 3 AktG keine sachliche Bedeutung zugemessen werden. Wenn Godin-Wilhelmi ⁴⁰⁾ dem ausdrücklichen Verbot weitergehende Fol-

39) BGHZ 9/250.

40) § 92 Anm. 13.

gerungen entnehmen wollen - was freilich nicht klar ist -, kann ihnen nicht beigetreten werden.

c) Die Rechtsprechung des BGH zu § 64 GmbHG ⁴¹⁾ steht den vorgetragenen Bedenken gegen die Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB nicht entgegen. § 64 GmbHG läßt sich mit § 92 AktG deshalb nicht vergleichen, weil im hier interessierenden Punkte die Haftungsvorschriften der §§ 43 GmbHG und 93 AktG unterschiedlich sind. In § 43 GmbHG ist den Gesellschaftsgläubigern nämlich keine Rechtsposition wie in § 93 AktG eingeräumt, daher kann die Anwendbarkeit des § 823 Abs. 2 BGB im GmbH-Recht auch nicht entsprechend beschränkt sein. Auch die Verweisung des § 43 GmbHG auf § 9 Abs. 2 GmbHG ändert daran nichts; diese Vorschrift gibt den Gesellschaftsgläubigern keine unmittelbaren Ansprüche.

d) Damit allein läßt sich jedoch die bisher allgemein vertretene Ansicht nicht ablehnen. Besteht zwischen den in § 93 AktG geregelten Fällen und denen, die für § 823 Abs. 2 BGB übrigbleiben, ein derartiger Unterschied, daß daraus sich eine sachlich differenzierte Behandlung der Gesellschaftsgläubiger rechtfertigen ließe, könnte man die oben zitierte Rechtsprechung doch halten. Die Beantwortung dieser Frage erfordert eine Klärung darüber, vor welchen Gefahren der § 93 AktG schützt. Die in § 93 Abs. 3 zusammengestellten Fälle suchen z.T. zu gewährleisten, daß ein dem Grundkapital entsprechendes Vermögen bei der AG verbleibt, zum anderen Teil, daß die Vermögensmasse der AG nicht durch ungesetzliche Ausgaben vermindert wird. Alle Fälle wie auch die sonst noch unter § 93 AktG einzuordnenden Fallgestaltungen erfordern einen Schaden der Gesellschaft, durch den wiederum die Gesellschaftsgläubiger einen Nachteil dadurch erleiden, daß sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können. Daneben sind jedoch Fälle denkbar, in denen die Gesellschaft keinen Schaden erleidet, sondern nur die Gläubiger Nachteile hinnehmen müssen. So kann eine heruntergewirtschaftete AG durch Verträge mit Dritten erhebliche Sanierungsposten erwerben und gleichzeitig können die Gläubiger im Nachteil sein, weil ihre Gegenleistung nur schwer, teilweise oder gar nicht zu befriedigen ist. Zum Vertragsschluß mit der Gesellschaft können sie dabei durch "frisierte Bilanzen" veranlaßt worden sein. Solche Fallgestaltungen unterscheiden sich - wie

41) BGHZ 29/100 ff.

angedeutet - von den in § 93 erfaßten dadurch, daß hier die Gesellschaft keinen Schaden erleidet, der Schaden der Gesellschaftsgläubiger mithin nicht durch einen Schaden der Gesellschaft vermittelt wird. In solchen Fällen kann § 93 AktG die Anwendbarkeit des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. aktienrechtlichen Vorschriften, z.B. über die Publizität, nicht sperren. Deshalb bleibt § 823 Abs. 2 BGB z.B. i.V.m. §§ 399, 400 AktG bzw. mit den diesen zugrunde liegenden zivilrechtlichen Vorschriften bei solchen Fallgestaltungen anwendbar. Erforderlich ist lediglich, daß die Gläubiger durch Verstöße gegen diese Bestimmungen geschädigt sind, nicht etwa schon allein durch die vorherige Schädigung der Gesellschaft. Streng genommen handelt es sich dann freilich um den Schutz sogenannter Dritter, nicht also eigentlicher Gesellschaftsgläubiger; diese Personengruppen werden nämlich erst mit Rücksicht auf die Verletzung z.B. der Publizitätspflicht zu Gläubigern. Andere Ausnahmen für Gesellschaftsgläubiger von der Regelung des § 93 AktG über § 823 Abs. 2 BGB erscheinen nicht denkbar. Deshalb ist die Ansicht, Gesellschaftsgläubiger könnten gegen die Vorstandsmitglieder gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit §§ 92, 401 AktG Schadensersatzansprüche erwerben, abzulehnen. Die Gesellschaftsgläubiger werden insoweit allein durch § 93 AktG geschützt.

e) Aus alledem folgt für die Stellung der Gesellschaftsgläubiger im Haftungsrecht der Vorstandsmitglieder weiter:

aa) § 93 Abs. 5 AktG ist insoweit eine abschließende Schadensersatzvorschrift für Gesellschaftsgläubiger, als deren Schäden durch einen Schaden der AG vermittelt werden. Über § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. aktienrechtlichen Vorschriften können Gesellschaftsgläubiger bei gleichzeitigen, sachlich gleichen Schäden der Gesellschaft oder sich lediglich daraus ergebenden Folgeschäden keine weitergehenden Ansprüche erwerben. § 823 Abs. 2 BGB ist insoweit unanwendbar, sein Schutzbereich ist durch § 93 Abs. 5 eingeschränkt.

bb) Deshalb ist auch ein von der allgemeinen Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum angenommener Schadensersatzanspruch der Gesellschaftsgläubiger gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 92, 401 AktG neben den Ansprüchen nach § 93 Abs. 5 abzulehnen.

cc) § 823 Abs. 2 BGB bleibt zugunsten von Gesellschaftsgläubigern insoweit anwendbar, als sie einen Schaden erleiden, der nicht durch Schäden der Gesellschaft vermittelt wird; insoweit ist § 93 Abs. 5 AktG nicht anwendbar. Bei § 823 Abs. 2 BGB bleibt dann lediglich die Frage, für welches Verschulden Vorstandsmitglieder haften. Darauf ist später einzugehen.

§ 7 Das Verhältnis von aktienrechtlichen Haftungsansprüchen zu § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit aktienrechtlichen Vorschriften zugunsten der Aktionäre

I. Die Ansprüche der Aktionäre gegen den Vorstand im Haftungssystem

Die bedeutsamste Haftungsvorschrift des Aktiengesetzes, § 93, sagt über Schadensersatzansprüche der Aktionäre nichts aus. In anderen Haftungsvorschriften wird dagegen Aktionären bei Schadensersatzpflichten der Vorstandsmitglieder eine gewisse Rechtsposition zugestanden, insbesondere gemäß § 117 Abs. 1 Satz 2 AktG; diese Bestimmung gibt Aktionären einen eigenen, unmittelbaren Schadensersatzanspruch u.a. gegen Vorstandsmitglieder. Ein eigener Schadensersatzanspruch der Aktionäre besteht gemäß § 117 AktG nur dann, wenn und soweit sie geschädigt sind, und zwar "abgesehen von einem Schaden, der ihnen durch Schädigung der AG zugefügt worden ist". Das Gesetz unterscheidet mithin zwei Arten von Schäden der Aktionäre. Es erkennt damit ausdrücklich an, daß es zwei verschiedene Vermögensbereiche gibt und diese auch trennbar sind; daraus zieht das AktG die für das Schadensersatzrecht notwendigen Konsequenzen. Die Berechtigung dieser Unterscheidung ergibt sich schon aus der Verselbständigung der Gesellschaft als selbständiges Rechtssubjekt gegenüber ihren Mitgliedern, den Aktionären. Dadurch wird die Gesellschaft zum selbständigen Träger von eigenen Rechten und Pflichten. Diese Aussage in § 117 Abs. 1 Satz 2 AktG ist bei der Lösung der vorliegenden Probleme wichtig. Eine wörtliche übereinstimmende Regelung enthält § 317 Abs. 1 Satz 2 AktG 42).

-
- 42) Daß der Gesetzgeber mit dieser Fassung der §§ 117, 317 AktG die früheren Streitigkeiten über die Konkurrenz zwischen den Ansprüchen der AG und der Aktionäre, insbesondere die Frage nach der Doppelhaftung, beenden wollte, zeigt deutlich die Begründung des Regierungsentwurfs, abgedruckt bei Kropff, a.a.O., S. 163 2. Absatz. Wenn Godin-Wilhelmi § 93 Anm. 8, 32 u. Vorb. vor § 399 letzter Absatz gleichwohl weiterhin an den alten Ansichten festhalten, beachten sie die Neufassung des Gesetzes nicht.

In anderen Haftungsvorschriften des AktG wird den Aktionären kein eigener Schadensersatzanspruch eingeräumt, sondern lediglich ein Einziehungsrecht wegen der Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen Vorstandsmitglieder, jedoch nur auf Leistung an die Gesellschaft (§ 309 Abs. 4 Satz 1 und 2 und § 318 Abs. 5 AktG).

Diese Trennung der vermögensrechtlichen Bereiche findet eine Entsprechung bei der Regelung der Mitverwaltungsrechte der Aktionäre in Gesellschaftsverband, nämlich in § 118 Abs. 1 AktG. Wenn dort nicht nur "Rechte der Aktionäre" erwähnt werden, sondern "Rechte in den Angelegenheiten der Gesellschaft", so erhellt aus diesem Zusatz, daß es auch hier zwei trennbare Rechtsbereiche gibt, den innergesellschaftlichen und den, der dem Aktionär als Einzelperson außerhalb dieses Rahmens zusteht.

Die Möglichkeit und die Notwendigkeit dieser Unterscheidung offenbart sich weiterhin in der Regelung des Minderheitenschutzes bei Hauptversammlungsbeschlüssen über die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft (§ 147 Abs. 1 Satz 1 AktG). Dieser Minderheitenschutz wäre nämlich - wie schon Schlegelberger-Quassowski⁴³⁾ dargelegt haben - überflüssig und unverständlich, könnte jeder Aktionär schon allein, sei es für sich selbst oder für die Gesellschaft, Schadensersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder durchsetzen.

Schließlich ist das in § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG geregelte Verbot, an die Aktionäre Einlagen zurückzugewähren, zu beachten. Diese Vorschrift dient der Erhaltung des Grundkapitals⁴⁴⁾, ein Ziel, dessen Erreichung das Aktiengesetz durch eine Vielzahl von Vorschriften zu gewährleisten sucht. Die Nichtberücksichtigung der Aktionäre als Gläubiger im Haftungssystem des AktG bei Schädigung der Gesellschaft beruht auf dem Zweck, dieses Verbot auch in diesem Bereich konsequent durchzuführen. Daher dürfen Schadensersatzansprüche von Aktionären, die man aus dem allgemeinen Zivilrecht herzuleiten sucht, niemals zur Vermögensminderung bei der Gesellschaft führen. Das der Gesellschaft durch die Zeichnung oder den Erwerb der Aktien gewidmete Vermögen soll dieser erhalten bleiben. Auf dem Umweg über das Haftungs-

43) § 84 Anm. 29, 30.

44) Allg. M.; statt aller vgl. Gadow-Heinichen § 52 Anm. 11.

recht für die Mitglieder der Gesellschaftsverwaltung dürfen keine dem entgegenstehenden Ergebnisse erzielt werden. Das wäre aber die notwendige Folge der Anerkennung von eigenen Ansprüchen der Aktionäre auf Leistung an sich selbst bei Schädigung der Gesellschaft; würden diese Rechte durchgesetzt, fielen die entsprechenden Vermögensbestandteile aus dem Gesellschaftsvermögen heraus, sie wanderten über das Haftungsrecht in das Privatvermögen der Aktionäre. Die Erhaltung eines dem Grundkapital entsprechenden Gesellschaftsvermögens muß aber auch im vorliegenden Bereich gewährleistet sein.

Vor diesem Hintergrund ist das Haftungssystem des Aktiengesetzes zu betrachten, ebenso das Problem, inwieweit Aktionäre eigene Ansprüche gegen Vorstandsmitglieder haben, ob und inwieweit diese mit dem aktienrechtlichen Haftungssystem vereinbar sind oder dahinter zurücktreten müssen. Dies ist bei der Anwendung des Art. 2 Abs. 1 EGHGB bedeutsam, also für die Frage, in welchem Umfange der Grundsatz "lex specialis derogat legi generali" bedeutsam wird.

Endlich bleibt - und auch insoweit handelt es sich um eine im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 EGHGB zu prüfende Frage - zu berücksichtigen, wie weit der Schutzbereich des AktG überhaupt angelegt ist. Das Gesetz regelt lediglich den Bereich, der durch die besondere Natur des Aktienwesens vom gewöhnlichen, allgemeinen Rechtsverkehr abgehoben wird und der daher durch die Vorschriften des allgemeinen Zivilrechts nicht oder nicht sachgemäß bzw. -gerecht gelöst werden kann. Dabei waren vornehmlich Sicherungen zu schaffen gegen die Gefahren, die sich daraus ergeben, daß lediglich das Gesellschaftsvermögen Haftungssubstrat für die Gesellschaftsgläubiger ist. Bei historischer Betrachtung beruht ein Großteil der aktienrechtlichen Vorschriften auf dem Wunsch, den Rechtsverkehr vor ganz konkreten, allein dem Aktienwesen eigenen Gefahren zu bewahren. Nur soweit die besondere Zielrichtung des Aktienrechts geht, reicht seine Anwendbarkeit, nur soweit kann aber auch das allgemeine Zivilrecht ausgeschlossen sein oder durch jenen Rechtsbereich modifiziert werden. Daraus erklärt sich z.B., daß in der Entscheidung des BGH vom 25.4.1961 ⁴⁵⁾ Art. 2 EGHGB mit keinem Wort erwähnt worden ist. Im vorliegenden Zusammenhang ergibt sich

45) BB 1961/652.

freilich die Besonderheit, daß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit aktienrechtlichen Vorschriften angewendet wird.

Erwähnenswert bleibt schließlich noch, daß sich aus der Rechtssubjektseigenschaft der Gesellschaft Eigentümlichkeiten für die Gestaltung der Rechtsverhältnisse der Vorstandsmitglieder und der Aktionäre ergeben; beide stehen nicht untereinander in einem direkten Rechtsverhältnis, sondern nur zur Gesellschaft als einem selbständigen Rechtssubjekt ⁴⁶⁾.

Aus dem Vorstehenden ist folgendes festzuhalten:

1. Der Vermögensrechtsbereich der Gesellschaft und der Aktionäre ist klar trennbar.
2. Aktionäre können eigene Ansprüche wegen einer Schädigung der Gesellschaft gegen Vorstandsmitglieder nicht geltend machen.
3. Schadensersatzansprüche der Aktionäre gegen Vorstandsmitglieder aufgrund des allgemeinen Zivilrechts sind nur dann mit der Regelung des AktG vereinbar, wenn dadurch nicht Folgen entstehen, die das AktG verhindern will (z.B. §§ 57, 147). Anderenfalls scheidet das allgemeine Zivilrecht aufgrund des Art. 2 EGHGB aus.

II. Die Trennung der Vermögensmassen und Rechtsbereiche von Gesellschaft (AG) und ihren Mitgliedern (Aktionären)

Durch die Zeichnung der Aktien und die Einzahlung des Ausgabebetrages verliert der Aktionär - abgesehen von der Zwischenschaltung eines Emissionskonsortiums oder ähnlichem - das Eigentum am Geld an die Gesellschaft. Die Gesellschaft ist auch alleinige Eigentümerin der für das Geld erworbenen Gegenstände. Der Aktionär erhält dafür ein Anteilsrecht an der Gesellschaft mit den sich daraus ergebenden, im Gesetz im einzelnen geregelten Rechten. Am Gesellschaftsvermögen hat

46) allg. anerkannt; Würdinger §§ 10 I, 21 IV; RGZ 59/49 = JW 1904/554 (für Genossenschaften); RGZ 63/324 = JW 1906/464; u.v.a.m.

er keine sachenrechtlichen Befugnisse inne. Seine Rechte sind mitgliedschaftsrechtlicher, dem Schuldrecht verwandter Natur; sie richten sich gegen die AG. Daraus erhellt z.B., daß die Haftungsvorschriften des AktG einen Schaden der Gesellschaft verlangen, nicht einen Schaden der Aktionäre oder anderer Rechtssubjekte. Beachtet man diese Unterschiede zwischen den beiden Bereichen der sachenrechtlichen, dinglichen Zuordnung von Rechten einerseits zur AG und andererseits zu den Aktionären, bleibt lediglich die Aufgabe, beide voneinander abzugrenzen. Das wird am besten deutlich, wenn man von der Interessenslage der Aktionäre ausgeht:

Beim Erwerb der Aktien richtet sich das Interesse der Aktionäre darauf, ihr Geld gut anzulegen; sie wollen mithin davor geschützt sein, einen wirtschaftlich wertlosen Gegenstand zu erwerben, oder besser gesagt, in ihren Wertvorstellungen, die sie sich aufgrund von objektiv meßbaren Umständen machen, enttäuscht zu werden. Den Aktionären ist daran gelegen, daß der Gesellschaft kein Schaden entsteht und diese hohe Gewinne erwirtschaftet; daraus ergibt sich ihre Chance auf eine möglichst hohe Dividende. Hinzu kommt ihr Interesse auf einen möglichst hohen Kursstand der Aktien und darauf, daß alle diesem Ziel förderliche Maßnahmen getroffen und alle entgegenstehende Umstände vermieden, verhindert oder unterlassen werden. Im übrigen sind die Aktionäre daran interessiert, über die Lage der Gesellschaft gut informiert zu werden, damit sie in der Lage sind, notfalls ihre Aktien frühzeitig ohne Verlust abzustoßen oder doch durch Einwirkung auf die Verwaltung der Gesellschaft eine günstigere Fortentwicklung der Gesellschaftsverhältnisse durchzusetzen. - Die Erfüllung oder Nichterfüllung dieser Interessen bzw. Vorstellungen wird durch die Gesellschaft vermittelt. Der Wert der Aktien und der aus ihnen fließenden Ansprüche richtet sich jedenfalls hauptsächlich nach der Vermögenslage der Gesellschaft. Soweit das der Fall ist, soweit also eine Vermögensminderung bei den Aktionären durch eine Vermögensminderung bei der Gesellschaft verursacht wird, ist primär die Gesellschaft betroffen. Deshalb muß ihr in diesem Umfang der Ersatzanspruch zustehen, die Aktionäre als Folgegeschädigte haben keinen Anspruch. Das ergibt sich aus der Selbständigkeit der Gesellschaft als Rechtssubjekt und aus der Bindung der Aktionärsseinlage im Gesellschaftsvermögen. Daraus folgt wiederum, daß die zur Zeit der Schädigung in der Gesellschaft stehenden Aktionäre keine Scha-

denersatzansprüche, auch keine sekundären oder subsidiären, gegen die den Schaden verursachenden Vorstandsmitglieder haben. So will auch wohl das RG verstanden werden, wenn es im Urteil vom 3.5.1938⁴⁷⁾ vom "mittelbar" und "unmittelbar" Geschädigten spricht. Für die vorliegenden Fallgestaltungen erscheint wegen der Zwischenschaltung der juristischen Person der Begriff des "mittelbaren" Schadens hinreichend aussagekräftig, jedenfalls wenn man darunter den durch den Schaden der AG vermittelten Schaden des einzelnen Aktionärs versteht. Zu prüfen bleibt dann lediglich im Einzelfall, ob alle Schäden der Aktionäre Folgeschäden sind, in welchen Beziehungen die Aktionäre also überhaupt eine Vermögensminderung erfahren haben und ob alle diese Schadensposten durch eine Schadensersatzleistung an die AG wieder ausgeglichen werden können. Demgegenüber werden in Schrifttum⁴⁸⁾ und Rechtsprechung⁴⁹⁾ Ansichten angedeutet und (oder) vertreten, die zwar im Ergebnis nur wenig unterschiedlich sind, jedoch alle darauf hinauslaufen, den Aktionären einen Schadensersatzanspruch zuzugestehen, wenn die Gesellschaft ihren Anspruch nicht geltend macht. Der Anspruch des Aktionärs wird angenommen, solange die Gesellschaft wegen ihres Anspruchs noch nicht befriedigt ist oder wenn feststeht, daß die Gesellschaft ihre Ansprüche nicht verfolgt. Diese Ansichten, die man - obwohl das RG die Frage letztlich immer unentschieden gelassen hat - als h.M. bezeichnen kann, ist zumindest für das heutige Aktienrecht abzulehnen. Ob sie für das HGB und das AktG 1937 zutreffend waren, interessiert dagegen nicht mehr. Dieses Ergebnis folgt einmal aus dem Minderheitenschutz des § 147 AktG. Das Gesetz fordert zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen das Verlangen von 10 % des Grundkapitals innehabenden Aktionären. Dieser Minderheitenschutz wäre unnötig, hätte der Gesetzgeber gebilligt, daß jeder einzelne Aktionär seinen Schadensanteil selbständig geltend machen könnte. Daher muß man dieser Regelung im Wege des Gegenschlusses entnehmen, daß der Gesetzgeber den Aktionären solche Rechte nicht zugestehen wollte. Insofern ist der Schutzbereich des § 823 Abs. 2 AktG durch das aktienrechtliche Haftungssystem beschränkt. Das gilt auch dann, wenn die Gesellschaft den Schadensersatzanspruch nicht geltend macht. Darauf hätten die Aktionäre über § 147 AktG drängen können. Tun sie das nicht oder findet sich nicht

47) JW 1938/1653 = RGZ 157/213 ff.

48) vgl. § 5 Anm. 33.

49) RGZ 115/289 ff. u. 157/213 ff. = JW 1938/1653.

eine für § 147 AktG ausreichende Zahl von Aktionären, müssen die AG und auch die Aktionäre den Schaden selbst tragen. Unterstützt wird das durch die besonderen Erfordernisse, die in §§ 117 Abs. 1 Satz 2, 317 Abs. 1 Satz 2 AktG für eigene Ansprüche der Aktionäre aufgestellt sind. Diese offenbaren den Grundsatz der Schadenstrennung. Beide Regelungen sind nämlich nicht durch Besonderheiten bei der von den §§ 117, 317 AktG geregelten Interessenlage bedingt. Aktionäre können deshalb keinen eigenen Anspruch haben, weil es bei ihnen schon an einem eigenen Schaden fehlt. Dieser ist vielmehr bei der Gesellschaft eingetreten.

Anders ist die Rechtslage, wenn die Vorstandsmitglieder Handlungen vornehmen, welche die Vermögenslage der einzelnen Aktionäre selbst betreffen. Das ist einmal dadurch möglich, daß ein solcher Schaden selbständig neben dem der Gesellschaft eintritt, also nicht durch diesen vermittelt wird; zum anderen besteht eine solche Möglichkeit dann, wenn zwar die Gesellschaft gar nicht geschädigt ist, wohl aber die Aktionäre. Auf solche Fallgestaltungen hat schon das RG hingewiesen ⁵⁰⁾. Ein weiteres Beispiel dafür findet sich im Bereich des Konzernrechts für die sogenannten außenstehenden Aktionäre: Diese werden häufig geschädigt, nicht dagegen die AG, die dadurch u.U. sogar Vermögensvorteile hat ⁵¹⁾. Mit solchen Fällen hatte sich vornehmlich die Rechtsprechung zu beschäftigen, wenn sie Aktionären Schadensersatzansprüche wegen unerlaubter Handlungen der Vorstandsmitglieder zuerkannte ⁵²⁾. Die Vorstandsmitglieder hatten dann in der Regel schon eingetretene Schäden in Geschäftsberichten u.ä. verschleiert und dadurch Aktionäre zum Aktienkauf, insbesondere aber zur Zeichnung bei Kapitalerhöhungen veranlaßt. Voraussetzungen für Schadensersatzansprüche von Einzelaktionären bleiben freilich jeweils im Einzelfall auch die sonstigen Erfordernisse der §§ 823 ff. BGB.

50) vgl. die Zusammenstellung der Rspr in § 5.

51) vgl. dazu das Feldmühle-Urteil des BVerfG in BVerfGE 14/276 ff.
52) wie Fußnote 50.

III. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. zivilrechtlichen oder strafrechtlichen Schutzgesetzen?

Eine praktisch sehr bedeutsame Frage ist die, ob § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit den strafrechtlichen oder privatrechtlichen Vorschriften des Aktienrechts anzuwenden ist. In erster Linie bestimmt sich nach der Beantwortung dieses Problems die für das Haftungsrecht gemäß § 823 Abs. 2 BGB maßgebliche Schuldform; weitere Folgerungen dieser Entscheidung sind schon oben dargelegt ⁵³⁾.

Das Bestehen strafrechtlicher Vorschriften schließt allein für sich nicht aus, daß übereinstimmende oder weitergehende zivilrechtliche Pflichten statuierende Vorschriften als Schutzgesetze angewendet werden können. Das läßt sich daraus entnehmen, daß die strafrechtliche Sanktion aus Gründen des öffentlichen Interesses geschaffen worden ist, über das zivilrechtliche Haftungsrecht dagegen primär das Privatrecht entscheidet. Deshalb wird von der Rechtsprechung bei der Anwendung strafrechtlicher Vorschriften als Schutzgesetze i.S. des § 823 Abs. 2 BGB immer mehr oder weniger deutlich geprüft, ob eine solche Handhabung mit dem maßgeblichen privatrechtlichen Haftungssystem vereinbar ist ⁵⁴⁾. Das zivilrechtliche Haftungsrecht und die im Privatrecht vorgenommene Bewertung der Pflichten müssen deshalb primär maßgeblich sein, auch für die Entscheidung der vorliegenden Frage. Die Anwendbarkeit des § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit zivilrechtlichen Aktienrechtsbestimmungen kann deshalb nur abgelehnt werden, wenn das aktienrechtliche Haftungssystem das verbietet. Welche Erwägungen den Gesetzgeber zu der jetzigen gesetzlichen Regelung veranlaßt haben, ist oben im einzelnen geschildert ⁵⁵⁾. Darauf kann hier verwiesen werden. Andererseits hindert das bloße Bestehen zivilrechtlicher Vorschriften nicht die Anwendung strafrechtlicher, übereinstimmender Bestimmungen bei § 823 Abs. 2 BGB.

Mit diesen Thesen sind freilich nur die Ausgangspunkte der Untersuchung festgelegt. Es ist damit lediglich festgestellt, daß die eine Normengruppe die andere nicht von vornherein ausschließt und die

53) s.o. § 5 zu 3.

54) insbesondere in BGH NJW 1965/534.

55) vgl. § 7 I.

Frage von der zivilrechtlichen Haftungssystematik her zu lösen ist. Mit anderen Worten: Wird ein Pflichtenkreis sowohl in zivilrechtlichen als auch in strafrechtlichen Vorschriften geregelt, sind beide Normengruppen zunächst für sich getrennt zu untersuchen, auch wenn die Strafvorschriften auf den privatrechtlichen Bestimmungen aufbauen. Die Rechtsprechung des RG stellte immer allein auf die strafrechtlichen Bestimmungen als Schutzgesetze i.S. von § 823 Abs. 2 BGB ab ⁵⁶⁾; das RG hat sich jedoch mit der Frage niemals ausdrücklich beschäftigt, sieht man von RGZ 159/211 ff. ab, wo die den strafrechtlichen Bestimmungen entsprechenden zivilrechtlichen Schutzvorschriften nicht als selbständige Schutzgesetze angesehen wurden, ohne daß dafür eine Begründung gegeben worden ist. Daraus, daß das RG jeweils ausführlich den Vorsatz untersucht hat, folgt aber, daß es lediglich auf die Strafbestimmungen abstellte, ohne das allerdings jemals begründet zu haben. - Es ist schon dargetan, daß vornehmlich die zivilrechtlichen Vorschriften für diese Fragen entscheidend sein müssen, weil die Strafvorschriften zumindest primär andere Ziele verfolgen. Daß das RG jeweils vorsätzliches Handeln forderte, kann durchaus darin seinen Grund haben, daß es der RG-Rechtsprechung nicht gelungen war, die Vermögensbereiche von Gesellschaft und Gesellschaftern im Schadensersatzrecht objektiv klar zu trennen. Stellt man auf die zivilrechtlichen Bestimmungen ab, ist die Beschränkung der Schadensersatzansprüche auf vorsätzliches Handeln nicht zu rechtfertigen, um so mehr, als das AktG für die schadensersatzrechtliche Verantwortlichkeit - sieht man von dem Sonderfall des § 117 AktG ab - Fahrlässigkeit genügen läßt. Da Schadensersatzvorschriften zugunsten der Aktionäre im Gesetz für diesen Bereich nicht enthalten sind, fehlt eine Regelung dieser Rechtsbeziehung, so daß der Anwendung von zivilrechtlichen aktienrechtlichen Vorschriften i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB keine Bedenken entgegenstehen. Daß auf das zivilrechtliche Haftungssystem Rücksicht zu nehmen ist, besagt nichts über das Schuldmaß. Schließlich besteht für die Aktionäre auch bei fahrlässiger Verletzung der sie schützenden Vorschriften ein Schutzbedürfnis. Daher sind die zivilrechtlichen Bestimmungen als Schutzgesetze heranzuziehen.

56) so.o. § 5 zu 3.

Daraus folgt, daß fahrlässige Verstöße ausreichen. Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß dadurch die Entscheidungsfreudigkeit der Mitglieder der Gesellschaftsverwaltung beeinträchtigt wird; auch sonst haften diese für fahrlässige Rechtsverstöße. Es geht hier im übrigen, wie sich aus dem Zusammenhang des Vorstehenden ergibt, lediglich um die Abgrenzung der Rechts- und Schadensbereiche mehrerer beteiligter Rechtssubjekte, eine Frage, die sich mit unterschiedlichen Schuldmaßstäben nicht bewältigen läßt.

IV. Der Sonderfall des Unterbewertungsverbots

Nachdem im Vorstehenden die wichtigsten Grundlagen für die Anwendung des Rechts der unerlaubten Handlungen im Aktienrecht gelegt worden sind, soll abschließend noch ein Sonderproblem untersucht werden, und zwar die Bedeutung des sogenannten Unterbewertungsverbots bei der Rechnungslegung der Aktiengesellschaft für die §§ 823 ff. BGB. Eine weitere Vertiefung der zu § 823 Abs. 2 BGB herausgearbeiteten Grundsätze anhand sonstiger Beispiele ist hier nicht möglich, weil das ein Eingehen auf das gesamte Aktienrecht bedeuten würde.

1. Grundsätzliches zum Unterbewertungsverbot und seine Rechtsgrundlagen

Eines der Hauptanliegen der mit dem Erlaß des AktG 1965 abgeschlossenen Aktienrechtsreform war es, die Rechtsstellung der Aktionäre zu verbessern ⁵⁷⁾. Das hat der Gesetzgeber unter anderem dadurch zu erreichen getrachtet, daß er die Stellung der Hauptversammlung für die Entscheidung über die Gewinnverwendung verbessert hat (§§ 174, 58 AktG). Diese Gesetzesänderung hat der Gesetzgeber dadurch abgesichert, daß er das Bilanzrecht verschärft hat. Dabei galt es u.a. der Gefahr zu begegnen, daß durch die Bildung stiller Reserven ein geringerer als der tatsächlich erwirtschaftete Gewinn als Verteilungsgrundlage ausgewiesen wird. Auf die einzelnen dieses Verbot regelnden Vorschriften und die Grenzen dieses Verbots, durch die den

57) statt aller Farthmann, WWI-Mitt. 1966/1 ff.

Unternehmensverwaltungen noch ein nicht unerheblicher Spielraum verbleibt, braucht hier nicht eingegangen zu werden. Es genügt der Hinweis auf die §§ 256 Abs. 5 und 6, 153 - 156, 258 - 261 AktG. Insoweit handelt es sich nämlich um die tatbestandliche Regelung des Verbots, während hier allein die Rechtsfolgen interessieren, die bei der Verletzung dieser Verbotsvorschriften eintreten können. Es wird deshalb im folgenden davon ausgegangen, daß durch die Jahresbilanz eine Vorschrift verletzt worden ist, die eine Unterbewertung verbietet.

2. Die wirtschaftliche Bedeutung der Unterbewertung für die Aktionäre

Die Unterbewertung führt in erster Linie zur Veränderung des ausschüttungsfähigen Bilanzgewinns und damit im Endergebnis zur Verringerung der Dividende der Aktionäre. Es kommt hinzu, daß durch die Bildung stiller, nicht ausgewiesener Reserven sich der Betrag vermindert, der gemäß § 58 AktG in die bilanzierten freien Rücklagen eingestellt werden kann. Daneben kann - es handelt sich also nicht um eine notwendige Folge - durch eine Unterbewertung auch der Aktienkurs berührt werden, was zu einer Vermögensminderung bei den Aktionären führen würde. Hohe Dividenden wie auch ein in der freien Rücklage ausgewiesenes gutes Finanzpolster einer AG erhöhen nämlich in der Regel die Nachfrage nach einer Aktie, niedrigere Dividenden und geringere freie Rücklagen lassen dagegen häufig die Nachfrage sinken⁵⁸⁾; beide Punkte sind Kaufargumente für den kundigen Börsenteilnehmer. Dadurch wiederum kann der Kursstand der Aktien verändert werden.

Hier ist zu prüfen, ob die Aktionäre auch gegen den Eintritt solcher Folgeschäden geschützt sind. Die Frage wird kaum erhebliche praktische Bedeutung gewinnen. Dem steht nämlich entgegen, daß der Aktienkurs durch eine Vielzahl von Faktoren bestimmt wird, von denen dazu noch etliche sich nicht verobjektivieren lassen⁵⁹⁾. Es kommt dabei

58) Hans Kasten in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, 22. Lieferung, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1959, Stichwort "Börsen" zu D 3 "Faktoren der Preisbildung" S. 368, 369.

59) wie Fußnote 58 und Würdinger 1. Aufl. § 5 II 4, knapper in der 2. Aufl. § 6 II 4.

hinzu, daß jede Aussage über die Ursachen einer wirtschaftlichen Entwicklung unter dem Vorbehalt steht, daß andere Faktoren unverändert geblieben sind ⁶⁰⁾. Deshalb wird sich nur selten die Kausalität einer unerlaubten Unterbewertung für das Absinken des Aktienkurses nachweisen lassen. Undenkbar ist es freilich nicht, so daß die Frage berechtigt bleibt. Man kann daher der - allerdings in einem anderen Zusammenhang geäußerten - Meinung von Godin-Wilhelmi ⁶¹⁾ nicht zustimmen, wenn sie einen Anspruch der Aktionäre deshalb ablehnen, weil es diesen schwerfallen wird, den Nachweis für die alleinige Ursächlichkeit des Handelns von Vorstandsmitgliedern für den eingetretenen Kursverlust nachzuweisen ⁶²⁾. Diese Erwägung vermag nur das Offenlassen einer Frage zu rechtfertigen, nicht jedoch ihre Antwort zu beeinflussen. Beweisfragen und materiell-rechtliche Probleme gehören verschiedenen Ebenen an, wenn auch nicht verkannt werden darf, daß der Gesetzgeber, aber auch nur dieser, beide miteinander verbinden und mit Rücksicht auf Beweisschwierigkeiten eine Sonderregelung treffen oder unterlassen kann. - Die Frage kann auch in Zukunft größere praktische Bedeutung erlangen, weil durch die Verschärfung der Vorschriften über den Jahresabschluß das Aktiengeschäft immer mehr versachlicht werden wird, was nicht zuletzt auch bedingt wird durch die Verfeinerung der Erkenntnismethoden der Wirtschaftswissenschaften.

3. Stellungnahmen zum AktG 1937

Zum alten Recht wurde die vorstehende Frage nur selten und dann auch nur kurz erörtert. Dabei blieb auch unklar, worauf sich ein eventuell anzuerkennender Schadensersatzanspruch erstrecken kann: Geht er lediglich auf Ersatz des durch die Unterbewertung verminderten Gewinnanspruchs, also auf die Differenz zwischen der tatsächlich ausbezahlten Dividende und der, die bei Unterlassen der verbotenen Rücklagenbildung ausgezahlt worden wäre, oder auch auf Ersatz der Folgeschäden. Dafür, daß die folgenden Stellungnahmen sich lediglich auf die Dividendenhöhe und die damit zusammenhängenden Schäden beziehen, spricht, daß sie jeweils im Zusammenhang mit der Schilderung des

60) sog. ceteris-paribus-Betrachtung.

61) a.a.O. § 93 Anm. 32.

62) Dabei soll offenbleiben, ob es überhaupt erforderlich ist, daß eine alleinige Kausalität nachgewiesen wird.

Gewinnanspruchs der Aktionäre abgegeben worden sind. In der Literatur zum AktG 1937 finden sich folgende Auffassungen:

A. Hueck ⁶³⁾: "Sind ... Rücklagen allerdings ohne wirklichen Grund (willkürlich) oder entgegen den Vorschriften der Satzung gemacht, so können sich die Mitglieder der Verwaltung u.U. schadensersatzpflichtig machen ...". Godin-Wilhelmi ⁶⁴⁾: Die Verletzung der Satzung ⁶⁵⁾ kann den Vorstand und AR aktienrechtlich auch gegenüber dem einzelnen Aktionär zum Schadensersatz nicht verpflichten, weil ihre Mitglieder den einzelnen Aktionären überhaupt nicht haftbar sind. Es kann nur bürgerliches Recht - §§ 823, 826 BGB - in Betracht kommen.

Gadow-Heinichen beziehen dagegen keine klare Stellungnahme. Bei den Rechtsfolgen für Verstöße gegen Bilanzierungsvorschriften ⁶⁶⁾ wird eine Schadensersatzpflicht nicht erwähnt. Zum Schluß wird lediglich darauf hingewiesen, daß sich die Verwaltung eventuell nach § 296 Nr. 1 AktG a.F. strafbar machen kann. Daraus kann geschlossen werden, daß die Kommentatoren für den Fall auch eine Schadensersatzpflicht annehmen würden. An anderer Stelle wird ausgeführt, daß der Vorstand bei Verstößen gegen eine die Rücklagenbildung einschränkende Satzungsbestimmung abberufen werden könne; allein darauf sei aber der Schutz der Aktionäre beschränkt ⁶⁷⁾. Insoweit wird mithin ein Schadensersatzanspruch abgelehnt.

Würdinger ⁶⁸⁾ verweist lediglich auf die Rechtsprechung des RG; diese hat einen Schadensersatzanspruch der Aktionäre zwar niemals anerkannt, allerdings auch nie abgelehnt, sondern lediglich unter bestimmten Voraussetzungen eine Anfechtung des Jahresabschlusses zugelassen.

63) 11. Aufl. S. 169.

64) 2. Aufl. § 57 Anm. 7.

65) Darauf war für das alte Recht immer abzustellen, weil nach dem AktG 1937 der Vorstand in der Bildung offener und stiller Rücklagen und bei der Bemessung von Abschreibungen, Wertberichtigungen sowie Rückstellungen frei war. Beschränkungen waren nur noch durch die Satzung möglich.

66) § 129 Anm. 17.

67) a.a.O. § 52 Anm. 23.

68) 1. Aufl., § 27 B III 2 b (a.E.).

4. Die Rechtsfolgen bei Verstößen gegen das Verbot der Unterbewertung

Das AktG hat für unzulässige Unterbewertungen zwei Rechtsbehelfe zur Verfügung gestellt: Einmal kann gemäß § 256 Abs. 5 AktG unter besonderen Voraussetzungen die Nichtigkeit des Jahresabschlusses geltend gemacht werden, zum anderen kann gemäß § 261 AktG der Vorstand zur Auflösung der dadurch ermöglichten Bildung stiller Reserven verpflichtet werden. Der Unterschied zwischen beiden Rechtsbehelfen besteht darin, daß im ersten Fall der Jahresabschluß insgesamt beseitigt wird, im zweiten Fall dagegen mit der Maßgabe bestehen bleibt, daß die stillen Rücklagen in dem nächsten Jahresabschluß aufgelöst werden müssen. Ob die Aktionäre daneben Schadensersatzansprüche erwerben, ist im AktG nicht ausdrücklich geregelt. Eine Bestimmung darüber konnte der Gesetzgeber auch nicht aufnehmen, wollte er nicht mit der oben geschilderten überkommenen Haftungssystematik brechen. Das Gesetz hätte dann nämlich nicht nur diesen, sondern alle Schadensersatzansprüche der Aktionäre gegen die Verwaltung der Gesellschaft regeln müssen, um der Gefahr unerwünschter Gegenschlüsse bei der Gesetzesauslegung zu entgehen. Schon deshalb kann allein aus dem Schweigen des Gesetzgebers zu dieser Frage nicht gefolgert werden, daß ein solcher Anspruch zu verneinen ist. Daher schadet auch nicht das Fehlen einer dem § 117 AktG entsprechenden Regelung oder eines Zusatzes wie "unbeschadet eines weiteren Nachteils" in den §§ 258 ff. AktG. Das AktG hat das Haftungsrecht gegenüber Aktionären nur in zwei Sonderfällen geregelt, nämlich in den §§ 117, 317. Die Frage, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn die AG oder ihre Organe den Aktienkurs beeinflussen, wird im AktG nicht erörtert. Aus allen diesen Gründen läßt sich aus den §§ 256, 261 AktG nicht im Wege eines argumentum e contrario entnehmen, daß ein solcher Schadensersatzanspruch ausgeschlossen ist. Das verbietet sich auch noch aus einem anderen Grunde: § 256 AktG führt zur Beseitigung des Jahresabschlusses, § 261 zur nachträglichen Gewinnausschüttung, also zum Ausgleich des den Aktionären entstandenen Dividendenausfalles. Beide Bestimmungen betreffen deshalb andere sachliche Interessen der Aktionäre als einen darüber hinausgehenden, durch Kursrückgang entstandenen Vermögensschaden. Dieser kann, wie dargelegt, dadurch verursacht sein, daß der Kurs wegen der niedrigen Dividenden oder wegen des Fehlens offener Reserven gesunken ist oder doch nicht den Stand erreicht hat, den er ohne die Bildung stiller Reserven voraussichtlich erlangt hätte. Dieser Nach-

teil kann übrigens bei einem zwischenzeitlichen Verkauf der Aktien zum niedrigeren Kurs schon endgültig eingetreten sein. Deshalb sind die Aktionäre durch die beiden geschilderten Rechtsbehelfe nicht umfassend auch vor den hier erwähnten Gefahren geschützt.

a) Als Anspruchsgrundlagen für einen Schadensersatzanspruch von Aktionären wegen eines durch Unterbewertungen verursachten Kursrückganges kommen die §§ 823 Abs. 1 und 2 und 826 BGB in Betracht. § 823 Abs. 1 scheidet aus, weil diese Vorschrift nur vor Eingriffen in den Bestand des Rechts aus der Aktie schützt, nicht aber auch gegen Wertminderungen⁶⁹⁾. § 826 gewährt zwar einen Schutz. Dieser ist jedoch wegen der strengen Anforderungen jener Vorschrift nicht sehr wirksam.

b) Mithin bleibt nur § 823 Abs. 2 BGB als eine umfangreichen Schutz schaffende Bestimmung übrig. Dabei ist an eine Anwendung i.V.m. §§ 153 - 156 AktG zu denken.

aa) Auszugehen ist dabei vom Begriff "Schutzgesetz". Dieser Begriff ist von der Rechtsprechung und vom Schrifttum in mehreren Punkten relativiert worden. Von Interesse sind davon hier nur zwei: Nicht entscheidend sind die Wirkungen der in Betracht kommenden Norm, sondern ihr Inhalt und Zweck; dabei kommt es darauf an, ob die Norm gerade den Rechtsschutz, der in Anspruch genommen wird, zugunsten dieses Personenkreises mit gewollt hat⁷⁰⁾. Problematisch ist hier allein, ob das Gesetz mit der Einführung des Unterbewertungsverbots die Aktionäre auch vor Kursverlusten schützen wollte.

bb) Zweck des Unterbewertungsverbots ist es, die Bildung stiller Reserven im bisher von der Praxis geübten Umfange auszuschließen und damit Beschneidungen des Dividendenanspruchs und der Mitentscheidungsmöglichkeiten der Aktionäre durch Vorstand und Aufsichtsrat zu verhindern⁷¹⁾. Über die Verwendung des Gewinns sollen letztlich gemäß § 174 AktG die Aktionäre in der Hauptversammlung entscheiden.

69) RGZ 100/278.

70) Persönlicher und sachlicher Schutzbereich sind mithin getrennt zu erörtern. BGHZ 12/146 ff.; 19/144 ff.; 22/297 ff. - alle mit weiteren Nachweisen.

71) allg. M., statt vieler Baumbach-Hueck 13. Aufl. S. 184, 185.

Daß das Unterbewertungsverbot gleichzeitig die Wirkung hat, nachteilige Einflüsse auf den Kursstand der Aktien zu verhindern, ist oben dargetan. Ob dieses auch der Zweck der gesetzlichen Bestimmungen ist, erscheint demgegenüber fraglich. Der Gesetzeswortlaut des AktG und auch der Zusammenhang aller seiner Regelungen geben darüber keine Auskunft. Das AktG enthält zum Aktienkurs keine spezielle Regelung. Auch der Begründung des Regierungsentwurfs eines AktG, dem Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages und den Bundestagsprotokollen läßt sich kein Hinweis entnehmen ⁷²⁾, der für die Beantwortung dieser Frage erheblich sein kann. Es fehlt deshalb jeder Anhaltspunkt dafür, daß das Gesetz mit der Einführung des Unterbewertungsverbots einen derart weitgehenden Schutz für die Aktionäre schaffen wollte. Daraus jedoch schon deshalb einen ablehnenden Schluß zu ziehen, wäre verfrüht. Bei dem Anliegen der Aktionäre handelt es sich nämlich um Folgeerscheinungen der vom Gesetz durch die Gesetzesänderung bekämpften Mißstände. Es ist deshalb zumindest denkbar, daß das Gesetz auch sie, also auch alle sekundären Mängel der früher vorhandenen Freiheit des Aktienvorstandes, beseitigen sollte. Daß der Gesetzgeber dieses nicht besonders ausgesprochen hat, läßt sich dann damit leicht rechtfertigen, daß die Regelung dieser Auswirkungen auf Aktionäre - wie gesagt - bei Beibehaltung des überkommenen Gesetzessystems nicht in das AktG aufgenommen werden konnte.

cc) Bedenken gegen die Annahme eines solchen Schadensersatzanspruchs aus § 823 Abs. 2 BGB könnten sich aber aus der besonderen Verfahrensrechtsregelung des § 260 AktG ergeben. Gemäß §§ 260 Abs. 2 Satz 1, 99 Abs. 1 AktG ist über die Verletzung des Unterbewertungsverbots durch die Gerichte im FGG-Verfahren zu entscheiden. Dagegen wären Ansprüche gemäß § 823 Abs. 2 BGB im ordentlichen Zivilprozeß geltend zu machen. Diese verfahrensrechtliche Zweigleisigkeit hätte den Gesetzgeber veranlassen können, das Verhältnis beider Verfahren zueinander zu regeln, wenn er einen Anspruch der hier erörterten Art den Aktionären hätte zuerkennen wollen, und zwar dahingehend, daß der deliktische Schadensersatzanspruch im ordentlichen Zivilprozeß erst nach Feststellung der Verletzung des Unterbewertungsverbotes im FGG-Verfahren geltend gemacht werden kann. Gegen die Möglichkeit einer solchen Regelung spricht jedoch, daß der Gesetzgeber auch schon dann seine bisher geübte Systematik hätte aufgeben müssen;

72) Kropff S. 239.

durch eine verfahrensrechtliche Regelung hätte er nämlich mittelbar auch die materielle Rechtslage entschieden. Außerdem könnte man die Notwendigkeit, vor der Geltendmachung von Ansprüchen aus § 823 Abs. 2 BGB erst das Verfahren gemäß § 260 AktG durchzuführen, dem AktG auch im Wege der Auslegung entnehmen. Deshalb konnte sich für den Gesetzgeber die Regelung des Verhältnisses beider Verfahrensarten u.U. erübrigen. Diese Gesichtspunkte können daher letztlich für die Beantwortung der Frage nicht entscheidend sein.

c) Das vorstehend Erwähnte hat gezeigt, daß sich weder aus dem Wortlaut noch aus der Systematik des AktG ein hinreichender Anhaltspunkt für die Beantwortung der Ausgangsfrage entnehmen läßt. Die Frage läßt sich deshalb allein bei historischer Betrachtung finden; dabei werden die Grundsätze zum Begriff des "Schutzgesetzes" für privatrechtliche Normen entscheidend sein. Privatrechtliche Vorschriften sind dann keine Schutzgesetze, wenn sie lediglich den Macht- und Pflichtenkreis der beteiligten Rechtssubjekte bestimmen sollen ⁷³⁾. Die das Unterbewertungsverbot regelnden §§ 153 - 156 sind Grundlage für die §§ 256 und 258 ff., insbesondere für die zum Schutz der Aktionäre angeordnete Pflicht zur Auflösung unzulässigerweise gebildeter stiller Reserven. Zwar ist nicht ausdrücklich der Schutz der Aktionärsinteressen angesprochen, sachlich ist das wegen der eventuellen Folgen für ihren Gewinnanspruch aber der Fall. Daß diese Vorschriften einen weiteren, darüber hinausgehenden Zweck, etwa einen Schutz der Aktionäre in dem hier erörterten Punkte, verfolgen, dafür fehlt bei historischer Betrachtung jeder Anhaltspunkt. Einmal hat sich der Gesetzgeber mit der Frage, ob Aktionäre gegen Kurseinwirkungen zu schützen sind, gar nicht beschäftigt. Das wird darauf beruhen, daß der Gesetzgeber in diesem Bereich einen Schutz nicht für notwendig hielt. Zum anderen ist in der früheren Literatur - soweit ersichtlich - niemals die Forderung erhoben worden, die Aktionäre auch insoweit zu schützen. Daher fehlte auch dem Gesetzgeber jeder Anlaß zur Beschäftigung mit diesem Fragenkomplex. Dabei bleibt noch zu bedenken, daß ein derart weitgehender Schadensersatzanspruch im Schrifttum niemals, zumindest nicht klar bejaht worden ist. Anlaß für die Einführung des Unterbewertungsverbots war vielmehr allein die Absicht, den Gewinnanspruch und das Mitentscheidungsrecht der

73) s.o. § 5 zu 3.

Aktionäre über die Gewinnverwendung abzusichern. Daß sich daran anschließende Wirkungen denkbar sind, konnte auch dem Gesetzgeber nicht verborgen bleiben. Er hat sich damit nicht beschäftigt, sie waren mithin für seine Entscheidung nicht von Bedeutung, somit auch nicht Zweck der Regelung des Unterbewertungsverbots. Daher kann den dieses Verbot regelnden Bestimmungen nicht auch die weitergehende Bedeutung eines Schutzgesetzes für die Aktionäre im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB beigemessen werden. Sie dienen damit lediglich der Abgrenzung des Pflichtenkreises, wie sie in den Rechtsfolgen der §§ 256, 258 ff. AktG konkretisiert sind. Daher kann den Aktionären kein Schadenersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 153 - 156 AktG darauf zuerkannt werden, daß sie Anspruch auf den Ersatz eines durch unzulässige Unterbewertungen entstandenen Kursverlustes haben.

4. Teil :

Die Abwägung der am Unternehmensleben beteiligten Interessen bei Unternehmensentscheidungen oder die Bedeutung der Neufassung des § 70 AktG 1937 in § 76 Abs. 1 AktG 1965

§ 8 Einführung

1. Stellt man Betrachtungen über die Verantwortlichkeit des Vorstandes von Aktiengesellschaften an, insbesondere über die Schutzrichtung der diese regelnden Einzelvorschriften, erscheint auch ein Eingehen auf die für diese Tätigkeit geltenden allgemeinen Grundsätze angebracht. Diese Grundsätze ergaben sich aus den Leitungsrichtlinien, die in § 70 Abs. 1 AktG 1937 festgelegt waren. Diese Vorschrift hatte folgenden Wortlaut: "Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Betriebes und seiner Gefolgschaft und der gemeine Nutzen von Volk und Reich es fordern". Demgegenüber heißt es heute in § 76 Abs. 1 AktG 1965: "Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten". Es ist bekannt, daß die Handlungen des Vorstandes Auswirkungen auf viele Rechtssubjekte haben können. Darauf deutet auch der Wortlaut des § 70 a.F. AktG hin. Daher stellt sich die Frage, welche Rechtssubjekte in welchem Umfang vor negativen, durch Handlungen des Vorstandes verursachten Folgen durch das Aktienrecht und auch das sonstige Recht geschützt werden.

An diese Neufassung des Gesetzes hat sich die Frage angeschlossen, ob dadurch der alte Rechtszustand verändert worden ist. Die Frage wird allgemein verneint ¹⁾. Diese Unstreitigkeit kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Begründungen der bisherigen Stellungnahmen unterschiedlich und z.T. auch wenig überzeugend sind. Daraus können in Zukunft bei Einzelfragen auch Streitigkeiten in den Ergebnissen entstehen. Darauf deuten insbesondere die Ausführungen in der Begründung des Regierungsentwurfes zum AktG hin, ebenfalls

1) Würdinger S. 119; Hueck RdA 1965/325 und 13. Aufl. S. 139, 140; Obermüller-Werner-Winden I 41; Spieker, MbGespr 1965/206; Godin-Wilhelmi § 76 Anm. 5 - 7; zweifelnd lediglich Westermann S. 253, 272 Anm. 5, ganz klar S. 268 mit Vorschlägen, die im AktG 1965 unberücksichtigt geblieben sind. Deshalb ist unsicher, ob Westermann sich der heute allg. im Schrifttum vertretenen Ansicht anschließen würde.

der Inhalt der Berichte der Bundestagsausschüsse. Zur Gewährleistung eines raschen und leichten Überblicks sollen diese hier wiedergegeben werden:

Regierungsentwurf ²⁾: "Daß der Vorstand bei seinen Maßnahmen die Belange der Aktionäre und der Arbeitnehmer zu berücksichtigen hat, versteht sich von selbst und braucht deshalb nicht ausdrücklich im Gesetz bestimmt zu werden. Gleiches gilt für die Belange der Allgemeinheit. Gefährdet der Vorstand durch gesetzwidriges Verhalten das Gemeinwohl, so kann die Gesellschaft aufgelöst werden (§ 396)".

Ausschußbericht ³⁾: "Daß die Gesellschaften auch das Wohl ihrer Arbeitnehmer zu beachten hätten, sei in einem sozialen Rechtsstaat selbstverständlich und ergebe sich im übrigen aus einer Vielzahl von Rechtsvorschriften, die die Ausgestaltung dieses Grundsatzes im einzelnen näher regelten (Kündigungsschutzgesetz, Schwerbeschäftigtengesetz, Betriebsverfassungsgesetz, Unfallverhütungsvorschriften). Schließlich verstehe es sich von selbst, daß die Gesellschaft auch nicht über die Interessen ihrer Arbeitnehmer hinweggehen dürfe. Bei dieser Sachlage sei es überflüssig, das Gesetz wie beantragt zu ergänzen. Die beantragte Vorschrift habe keine rechtliche Substanz und keine selbständige Bedeutung. Bei ihrer Aufnahme in das Gesetz bestehe die Gefahr, daß ihr gleichwohl eine weitergehende Bedeutung beigemessen werde. Diese Gefahr bestehe um so mehr, wenn aus der Reihenfolge der Aufzählungen der Schluß gezogen werden würde, das zuerst genannte Wohl der Arbeitnehmer habe im Zweifel den Vorrang vor dem Wohl der Aktionäre und diese beiden wiederum vor dem Wohl der Allgemeinheit".

2. Die im Regierungsentwurf und in den Ausschlußberichten dargelegten Erwägungen zeigen, daß am Unternehmensgeschehen der AG verschiedene Interessengruppen beteiligt sind. Deren Interessenbereiche gilt es abzugrenzen und abzuwägen, weil sie ständig in der täglichen Praxis in Widerspruch geraten können; deswegen besteht ein erhebliches Bedürfnis an der Klärung der Frage, wie der Gesetzgeber einen solchen Interessenwiderstreit bewertet wissen will und geregelt hat. Praktisch bedeutsam könnte das z.B. bei der Abwicklung der Schwie-

2) Kropff S. 97.

3) Kropff S. 97, 98.

rigkeiten im Ruhrbergbau werden. Ob es sich bei der Bewertung der Interessen um ein spezifisch aktienrechtliches Problem handelt, wird sich zeigen; die Beantwortung der Frage hängt vom Geltungsumfang der maßgeblichen Rechtsgrundsätze ab. Bevor auf die einschlägigen Rechtsfragen eingegangen wird, müssen noch einige Bemerkungen zu den beteiligten Interessengruppen vorangeschickt werden. Das verdeutlicht nicht nur die zu beurteilende Interessenlage, sondern auch gleichzeitig die Bedeutung der hier zu prüfenden Rechtsfragen. Das Wohl des Unternehmens berührt einmal die Interessen der Aktionäre; es bestimmt u.a. die Höhe der an sie auszuzahlenden Dividenden und auch den Kursstand ihrer Aktien ⁴⁾. Gleichzeitig werden dadurch die Gesellschaftsgläubiger beeinflusst; je nach dem Gedeihen der Gesellschaft sind ihre Forderungen sicherer oder unsicherer. Ebenso werden die Arbeitnehmer, die Belegschaft des Unternehmens, betroffen; vom Wohl des Unternehmens hängen u.a. die Sicherheit ihrer Arbeitsplätze, die Höhe ihrer Vergütungen u.a.m. ab. Ebenso werden möglicherweise Belange der Öffentlichkeit, des Staates, durch das Unternehmensgeschehen angesprochen: Dafür kann wieder auf die Geschehnisse im Ruhr- und Saarbergbau als Beispiel verwiesen werden. Hinter dem Begriff "Öffentlichkeit" - die Anliegen brauchen übrigens mit dem Staatsinteresse nicht identisch zu sein - verbirgt sich noch eine Vielzahl zum Teil unterschiedlichster Belange (in personeller Sicht z.B.: Lieferanten als Gläubiger und spätere potentielle Geschäftspartner, Abnehmer, Kunden; in sachlicher Sicht z.B.: Geldwertstabilität, Preise, Wettbewerb).

Jede dieser Gruppen hat ihre spezifischen Interessenrichtungen. Diese laufen z.T. in dieselbe Richtung, z.B. haben alle Gruppen ein Interesse an einer günstigen Entwicklung des Unternehmenswohls. Die Interessen stehen sich andererseits aber z.T. gegenüber, in gewissen Bereichen ergeben sich sogar notwendige Interessengegensätze. Diese bestehen z.B. hinsichtlich des Unternehmensertrages zwischen den Aktionären und der Unternehmensbelegschaft: Mehrausgaben für die eine Gruppe vermindern notwendigerweise den Betrag, welcher der anderen Gruppe zur Verfügung steht.

4) wegen weiterer Einzelheiten s.o. § 7 II.

Da am Unternehmensgeschehen vielschichtige, unterschiedliche Interessen beteiligt sind, das Unternehmensgeschehen aber durch Entscheidungen und Maßnahmen der Unternehmensorgane, vornehmlich des Vorstandes als Leitungsorgan der AG, gelenkt wird, folgt aus dem Vorstehenden weiter, daß bei den unternehmerischen Entscheidungen oft Interessenabwägungen vorzunehmen sind. Interessengegensätze können sowohl bei Grundsatzentscheidungen - wie bei den in § 90 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 1 AktG erwähnten "grundsätzlichen Fragen der künftigen Geschäftsführung" - als auch bei Einzelfallentscheidungen bestehen. Hier bleibt zu prüfen, ob und inwieweit - d.h. in welchen Richtungen, in welcher Art und in welchem Umfang - der Entscheidende, seien es nun der Vorstand, der Aufsichtsrat oder die Hauptversammlung, rechtlich gebunden ist.

3. Zur Erleichterung des Verständnisses der Interessenlage seien zunächst folgende Beispielsfälle genannt:

Beispiel 1: Der Vorstand der AG X verzichtet im Jahre 1962 auf die Teilnahme an der Leipziger Messe wegen des Baues der Mauer in Berlin. Die Messebeteiligung hätte gute Geschäfte mit Ostblockstaaten gebracht und den Gewinn des Unternehmens erheblich erhöht. Die Aktionäre sind deshalb unzufrieden und verlangen in der Hauptversammlung, gegen die Vorstandsmitglieder Ersatzansprüche wegen der der Gesellschaft entgangenen Gewinne geltend zu machen. Die Hauptversammlung beschließt daraufhin, daß der AR gegen die Vorstandsmitglieder Schadensersatzklagen erheben solle.

Beispiel 2: Der Vorstand des VW-Werkes kündigte 1962 eine Preiserhöhung für seine Modelle der Typen 1200 und 1500 an. Der Bundeswirtschaftsminister forderte den VW-Vorstand auf, von diesen Plänen Abstand zu nehmen, weil dann alle Autopreise steigen würden und das Preisgefüge zum Schaden der Allgemeinheit negativ beeinflußt werde. Kann der Preis wirksam erhöht werden ⁵⁾?

Beispiel 3: Der Vorstand der AG Z ist gezwungen, die Dividende gegenüber dem Vorjahr um 2 % zu senken. Einige Aktionäre beantragen in der Hauptversammlung ein Mißtrauensvotum gegen den Vorstand, weil

5) Dieses Beispiel ist von Westermann S. 265 übernommen worden.

die freiwilligen Sozialleistungen an die Belegschaft im vergangenen Rechnungsjahr in gleicher Höhe wie in der Vergangenheit gewährt worden sind. Der Vorstand rechtfertigt seine Maßnahme damit, daß andernfalls die Spitzenkräfte der Belegschaft zu Konkurrenzunternehmen abgewandert wären. Darf der AR mit Rücksicht auf ein Mißtrauensvotum der HV die Vorstandsmitglieder abberufen?

Beispiel 4: Der Vorstand der AG Y gibt dem Bundesvorstand der Partei X eine Spende in Höhe von DM 200 000,--. Eine Gegenleistung hat die Partei dafür nicht erbracht, auch sind wegen der Zahlung keine geschäftlichen Vorteile für die AG zu erwarten. Die Spende ist auch nicht zweckgebunden, dient damit vielmehr allein der Förderung der Partei. Die Aktionäre, größtenteils Mitglieder der A- und B-Partei, verlangen eine Schadensersatzklage gegen die Vorstandsmitglieder. In der Hauptversammlung wird ein entsprechender Beschluß gefaßt.

Beispiel 5: Der Vorstand der AG S schenkt einem Fußballverein DM 300 000,--, damit dieser zwei gute Spieler "kaufen" und dadurch seine Zugehörigkeit zur Bundesliga sichern kann. Der Vorstand will damit den sportbegeisterten Stadtbewohnern interessante Sportereignisse erhalten. Ein junger Großaktionär, gleichzeitig Trainer eines konkurrierenden Fußballvereins, verlangt eine Schadensersatzklage des AR für die AG gegen den Vorstand.

Beispiel 6: Die AG R mit dem Sitz in Essen betreibt u.a. zwei Steinkohlenzechen in Essen und Gelsenkirchen mit Belegschaften von je 4 000 Arbeitnehmern. Der Vorstand beschließt, beide Zechen zu schließen, um sich in Zukunft ganz der Stahlerzeugung und -verarbeitung zu widmen. Die zwei Zechen erzielten 20 % des gesamten Unternehmensumsatzes, arbeiteten jedoch in den letzten zwei Jahren mit geringen Verlusten. Die AG hat in den letzten Geschäftsjahren jeweils 4 % Dividende an die Aktionäre ausgeschüttet. Von den Arbeitnehmern, denen eine Entlassung droht, finden 5 000 in den nächsten zwei Jahren im Ruhrgebiet keinen Arbeitsplatz. Danach haben sie berechnete Aussichten auf Einstellung in geplante neue Unternehmen. Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat verlangen eine Verschiebung des Schließungstermins um zwei Jahre. Der Vorstand ist bereit, seine Pläne zu ändern. 80 % der Aktionäre verlangen in der Hauptversammlung die sofortige Schließung der Zechen oder die Abberufung der Vorstandsmitglieder.

4. Gegenstand der folgenden Untersuchung ist die Frage, wie das AktG 1965 die am Unternehmen beteiligten Interessen ordnet. Auszugehen ist dabei von der Frage, ob dem heute geltenden Recht, insbesondere dem AktG 1965, eine dem § 70 AktG 1937 entsprechende Regelung angehört. Die Bundesregierung und die Bundestagsausschüsse waren der Ansicht, die Beachtung aller Interessen verstehe sich von selbst. Diese Äußerung allein - das braucht nicht besonders betont zu werden - hat keine Gesetzeskraft⁶⁾. Ob sie berechtigt ist, bedarf deswegen einer genauen Prüfung, weil das AktG 1965 in seinem Wortlaut keine ausdrückliche Regelung mehr enthält. Diese Untersuchung setzt mangels eines Hinweises im Gesetzeswortlaut des AktG 1965 zunächst eine Klärung über die Bedeutung des § 70 a.F. voraus. Erst dann läßt sich feststellen, ob eine entsprechende Regelung dem geltenden Aktienrecht auch ohne ausdrücklichen Ausspruch im AktG 1965 immanent ist. Deshalb muß im folgenden Abschnitt die Bedeutung des § 70 a.F. und der mit ihm verwandten Vorschriften des AktG 1937 ermittelt werden.

§ 9 Die Bedeutung des § 70 AktG 1937

Neben § 70 enthielt das AktG 1937 für diese Interessenlage noch eine Reihe weiterer Vorschriften. Von grundsätzlicher Bedeutung war dabei § 288 Abs. 1 a.F. Dieser lautete: "Gefährdet eine Aktiengesellschaft ... das Gemeinwohl, namentlich durch ein Verhalten ihrer Verwaltungsträger, das gröblich gegen das Gesetz oder die Grundsätze verantwortungsbewußter Wirtschaftsführung verstößt, so kann das

6) BVerfG in std. Rspr., zuletzt in Bd. 11/130 u. 13/268; Enneccerus-Nipperdey I 1 § 55 mit vielen weiteren Nachweisen; Leibholz-Rinck-Helberg, Einführung II Rd.-Nr. 2. Danach kann der Wille des Gesetzgebers bei der Gesetzesauslegung nur insoweit berücksichtigt werden, als er im Gesetz selbst einen hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden hat. Die persönlichen Äußerungen der an der Entstehung des Gesetzes Beteiligten sind dagegen nicht maßgebend. - Diesen Erfordernissen entsprechen, wie noch im einzelnen zu zeigen sein wird, weder § 396 AktG 1965 noch einige Einzelbestimmungen, in denen vornehmlich auf die Beachtung des öffentlichen Interesses hingewiesen wird. Im übrigen ergibt sich aus den Äußerungen der an der Gesetzgebung Beteiligten selbst, daß sie die Rechtsgrundsätze des § 70 AktG a.F. für weitergeltend erachteten, weil das aus anderen Rechtsquellen folge.

Reichswirtschaftsgericht auf Antrag des Reichswirtschaftsministers die Gesellschaft auflösen ...". Dieser Bestimmung ist § 396 Abs. 1 AktG 1965 nachgebildet. Viele andere Vorschriften des AktG 1937 ordneten die Berücksichtigung dieser Belange für Einzelbereiche an, z. B. §§ 77 Abs. 3, 98 Abs. 4, 86 Abs. 1 Satz 4 und Abs. 2 Satz 2, 89 Abs. 5 u.v.a.m. Diese Einzelvorschriften sind für die Entscheidung der Grundsatzfrage auf der Grundlage des AktG 1937 von untergeordneter Bedeutung; ihre Existenz ist jedoch erheblich zur Stützung der Auslegung des geltenden Rechts im folgenden Abschnitt. Sedes materiae war und ist § 70 a.F. An ihn knüpft das Schrifttum zum AktG 1937 seine Betrachtung. Kaum erörtert wurde dabei der Einfluß des GG auf seine Bedeutung, ebensowenig wie der Erlaß neuer Gesetze seit Bestehen der Bundesrepublik. Darauf wird einzugehen sein, wenn die Aussagen des Schrifttums kritisch beleuchtet werden. Diese leiden an dem Mangel einer allzu partiellen Betrachtung; man muß den § 70 a.F. in seiner Einbettung in das gesamte Rechtssystem sehen, will man seine Bedeutung richtig festlegen. Das wird bisher lediglich in der Untersuchung Westermanns ⁷⁾ zu § 70 AktG a.F. beachtet, vornehmlich bei dem Hinweis auf die Wechselwirkungen zwischen § 70 a.F. für die Gefolgschaftsinteressen und der Mitbestimmung der Arbeitnehmer.

I. Die Auslegung durch das Schrifttum

Das Schrifttum mißt dem § 70 a.F. die Bedeutung eines aktuellen Satzes bei, hält die Vorschrift mithin nicht für einen bloßen (sanktionslosen) Programmsatz. - § 70 a.F. schafft danach gegenüber der Gesellschaft für den Vorstand einen Rechtfertigungsgrund oder beseitigt die Pflichtwidrigkeit des Vorstandsverhaltens, und zwar für den Fall, daß der Vorstand Maßnahmen ergreift, die dem Wohl des Betriebes ⁸⁾,

7) a.a.O. S. 251 ff.

8) "Betrieb" ist zu unterscheiden von den Begriffen "Unternehmen" und "Gesellschaft". Fraglich ist lediglich, ob der Gesetzgeber die unterschiedliche Bedeutung dieser Begriffe bei der Wortfassung der einzelnen Vorschriften berücksichtigt hat, ob also die Begriffe jeweils bewußt und konsequent in die Einzelbestimmungen aufgenommen worden sind. Das muß hier nicht geklärt werden. - Der Unterschied zwischen "Unternehmen" und "Gesellschaft" beruht auf folgendem: ein Unternehmen kann von einer einzelnen natürlichen Person oder von einer Gesellschaft betrieben werden. Die Gesellschaft - im Unterschied zu einer Einzelperson - ist also Träger des Unternehmens.

seiner Gefolgschaft oder dem Gemeinwohl dienen, wenn diese gleichzeitig den Gewinn der Gesellschaft vermindern. Die tatsächliche Folge des § 70 a.F. ist also der Ausschluß von Schadensersatzansprüchen der AG und des Eingreifens anderer Verantwortlichkeitsformen gegen die Vorstandsmitglieder⁹⁾. - Nicht beantwortet wird die Frage, in welchem Umfange § 70 a.F. einen Rechtfertigungsgrund bietet bzw. die Pflichtwidrigkeit entfallen läßt¹⁰⁾. - Übereinstimmung¹¹⁾ besteht weiterhin darin, daß § 70 a.F. den Arbeitnehmern oder Institutionen, die das Gemeinwohl repräsentieren, keinen Rechtsanspruch gegen die Gesellschaft oder die Vorstandsmitglieder auf Beachtung ihres Wohls, auf eine bestimmte Entscheidung bzw. Abgabe einer bestimmten Willenserklärung oder gar auf bestimmte Leistungen gewährt. In diese Richtung ist § 70 a.F. sanktionslos oder - wie Würdinger¹²⁾ sagt - ein rechtspolitisches Prinzip oder schließlich mit den Worten Westermanns¹³⁾ "nicht mehr als ein rechtlich unverbindlicher Appell". Das Auslegungsergebnis des Schrifttums zu § 70 a.F. läßt sich daher wie folgt zusammenfassen: Es sind zu unterscheiden das gesellschaftsrechtliche Innenverhältnis zwischen der Aktiengesellschaft (hinter der die Aktionäre stehen) und dem Vorstand einerseits und das Außenverhältnis der Gesellschaft (bzw. des Vorstandes) zur Belegschaft und den Institutionen des Gemeinwohls andererseits¹⁴⁾. In jener Beziehung ist § 70 a.F. ein aktueller Rechtssatz, und zwar als Rechtfertigungsgrund bzw. Pflichtwidrigkeitsausschließungsgrund; im Außenverhältnis mangelt es dagegen an dieser Qualität, vielmehr ist in die-

-
- 9) Westermann S. 266 ff.; Hueck (8.Aufl.) S. 132; Baumbach-Hueck, 12. Aufl., § 70 Anm. 3 A a.E.; Würdinger S. 131, 132; Godin-Wilhelmi § 70 Anm. II 2 u. 3; Gadow-Heinichen § 70 Anm. 11, 12; Spieker S. 254 - 256; Henn MDR 1957/392 ff.; so wohl auch Schlegelberger-Quassowski § 70 Anm. 6 - 8; Teichmann-Koehler § 70 Anm. 3; Klausning, Einleitung Anm. 89 ff.; davon scheint auch Leo in "Die AG" 1957/156 ff. und 1960/261 ff. und 292 ff. auszugehen.
- 10) Deshalb werden auch keine Kriterien für die Interessenabwägung aufgestellt.
- 11) Dazu nehmen freilich nicht alle Autoren Stellung. Deshalb werden beide Fragen, beide Interessen- und Schutzrichtungen auch nicht immer klar unterschieden. Wie hier Westermann S. 268 und vorher, DJT 1955 I S. 24.
- 12) S. 132.
- 13) S. 266.
- 14) Ob die Unterscheidung sachgemäß ist, kann hier nicht untersucht werden. Diese Frage ist vornehmlich politischer Natur.

ser Beziehung die Schutzrichtung des § 70 a.F. beschränkt. Deshalb konnte im obigen 2. Beispielsfall das VW-Werk die Preise wirksam erhöhen.

II. Begründungen des Schrifttums und Einzelfragen

1. Für die Auslegung des § 70 a.F. war zunächst bedeutsam zu klären, in welchem Verhältnis jene Vorschrift zu § 288 a.F. stand. § 288 a.F. betrifft einmal nur eines der in § 70 a.F. angesprochenen Interessen; zum anderen ist § 288 a.F. eine Norm des Verwaltungsrechts, die deshalb keine zivilrechtlichen Rechtsfolgen schafft, sich allenfalls mittelbar auf das zivilrechtliche Verhältnis - freilich ohne unmittelbaren Rechtszwang - auswirkt. Im übrigen besteht zwischen einem gesetzlichen positiven Gebot, das zu tun, was das Allgemeinwohl fördert, und einem negativen Verbot, das zu unterlassen, was das Gemeinwohl gefährdet, ein erheblicher qualitativer Unterschied. Darauf haben Westermann¹⁵⁾ und Spieker¹⁶⁾ hingewiesen. Das Gebot zur Wahrung des Wohles eines anderen ist stärker als das Verbot, dessen Wohl nicht zu gefährden. Schon deshalb läßt sich nicht sagen, daß § 396 Abs. 1 AktG 1965 eine Übernahme des § 70 a.F. überflüssig mache¹⁷⁾. Beide Vorschriften sind sowohl im Tatbestand wie in der Rechtsfolge unterschiedlich, so daß sich für die Auslegung des § 70 a.F. aus § 288 a.F. nichts herleiten ließ. Beide Bestimmungen stehen unabhängig und selbständig, d.h. ohne jede Wechselwirkung, nebeneinander.

2. Die entscheidende Frage bei der Auslegung des § 70 a.F. bestand in folgendem¹⁸⁾: Umschreibt die Vorschrift lediglich die Pflichten des Vorstandes gegenüber der Gesellschaft oder schafft sie gleichzeitig Pflichten gegenüber Dritten, etwa derart, daß sie Rechtsansprüche erwerben? Damit hängt eine weitere Frage eng zusammen¹⁹⁾: Sind in § 70 a.F. die Gesellschaft als solche oder die einzelnen Vorstandsmitglieder oder gar beide angesprochen? Diese Frage ist besonders

15) a.a.O. S. 272 Anm. 5.

16) JZ 1962/721 ff., 730.

17) so aber fälschlicherweise die Begründung des Regierungsentwurfs, abgedruckt oben § 8 zu 1.

18) Westermann S. 260 zu a) a.E. und zu b).

19) Westermann S. 254 ff.

deshalb erheblich, weil bei der Annahme einer alleinigen Pflichtigkeit des Vorstandes die AG und die Hauptversammlung nur schwerlich in gleicher Weise Dritten gegenüber als verpflichtet angesehen werden könnten. Das würde bedeuten, daß der Vorstand dieser Verpflichtung durch Anrufung der Hauptversammlung gemäß § 103 Abs. 2 AktG a.F. (jetzt ebenso § 119 Abs. 2 AktG) und deren Entscheidung der Pflicht hätte entrinnen können, daß er andererseits bei gemeinsamen Entscheidungen mit dem Aufsichtsrat, etwa bei zustimmungsbedürftigen Geschäften, von diesem an der Pflichterfüllung hätte gehindert werden können; über letzteres käme man freilich wegen der Akzessorietät der Aufsichtsratsstätigkeit zur Arbeit des Vorstandes hinweg.

a) Innen- und Außenwirkungen des § 70 a.F.

Westermann, der diese Frage ausdrücklich beschränkt auf die Gemeinwohlklausel prüft, die Gefolgschaftsklausel mithin unerörtert läßt²⁰⁾, verneint Rechtspflichten gegenüber Dritten. Eine solche Pflicht setze einmal - ob sie nun durch einen Erfüllungs- oder Schadensersatzanspruch oder durch die Androhung sonstiger Nachteile gesichert sei - voraus, daß auf der anderen Seite ein Rechtssubjekt (ein dem Verantwortlichen gegenüberstehender Pol) stehe, daß also zwei Rechtssubjekte beteiligt sind²¹⁾. Daran fehle es aber, weil der gemeine Nutzen von Volk und Reich nicht durch ein bestimmtes Rechtssubjekt repräsentiert werde, insbesondere der Staat mit dem Gemeinwohl nicht identifiziert werden könne. Zum anderen setze eine rechtlich erhebliche Verantwortung den Eintritt konkreter Folgen voraus; auch daran fehle es²²⁾, da der Vorstand bei Verletzungen des Gemeinwohls weder Schadensersatzpflichtig werde noch dadurch einen Abberufungsgrund verursache. Schließlich seien auch objektive Maßstäbe für die Abwägung der u.U. gegensätzlichen Interessen nicht vorhanden²³⁾, was zur praktischen Unmöglichkeit einer Wertung im Einzelfall führe. Dem Ergebnis und seiner Begründung ist zuzustimmen, ihr lassen sich noch einige weitere Erwägungen hinzufügen. Gewisse Bedenken bestehen le-

20) Westermann S. 260, auch 273 Anm. 18.

21) Westermann S. 265, 254.

22) Westermann S. 261, insbesondere S. 264 ff.

23) Westermann S. 263, 264; das belegt Westermann anhand des oben § 8, 4 wiedergegebenen VW-Falles (S. 265); so auch Reinhardt in der Festschrift für A. Hueck S. 439 ff. mit weiteren Nachweisen; ebenso Gadow-Heinichen § 70 Anm. 11; Wiethölter S. 8 - 10; Mestmäcker S. 34 - 37.

diglich in der zuletzt erwähnten Richtung. Darauf ist in der eigenen Stellungnahme zurückzukommen ²⁴⁾. Hinzuzufügen bleibt folgendes: § 70 a.F. stellt Gefolgschaft, Betrieb sowie Volk und Reich unterschiedslos nebeneinander. Mit Ausnahme des Reiches sind alle Genannten nicht Rechtssubjekte im zivilrechtlichen Sinne. Die Annahme, es seien die hinter diesen Begriffen stehenden einzelnen Rechtssubjekte angesprochen, scheitert jedenfalls an der Nennung des Begriffs "Betrieb". Dieser ist niemals Rechtssubjekt, sondern Objekt. Da der Begriff "Betrieb" schon damals bekannt war, kann nicht angenommen werden, daß er insoweit in unzutreffender Weise gebraucht worden ist. Da der Gesetzgeber alle gleichwertig nebeneinander gestellt hat, der Betrieb jedoch niemals rechtsfähig ist, können auch die anderen Belange nicht derart angesprochen sein, daß Rechtssubjekten dadurch Ansprüche oder eine sonstige Rechtsstellung zuerkannt werden sollen. Daraus erhellt auch, daß alle drei angesprochenen Belange bei rein aktienrechtlicher Betrachtung in der rechtlichen Konstruktion nicht unterschiedlich bewertet werden können.

Die §§ 70 ff. a.F. regeln die Verfassung der Gesellschaft, also den gesellschaftsinternen Bereich. Bei systematischer Betrachtung wäre die Auferlegung einer solchen Pflicht Dritten gegenüber in diesem Abschnitt unpassend gewesen. Davon hat der Gesetzgeber für die Gläubiger der Gesellschaft freilich eine Ausnahme gemacht. Das spricht aber auch noch ergänzend dafür, daß der Gesetzgeber diesen Fall der Haftung nach außen als die einzige Ausnahme angesehen hat.

Leitete man aus § 70 a.F. eine Pflicht des Vorstandes oder Gesellschaft gegenüber Dritten her, so unterläge die AG einer Sonderbehandlung. Die GmbH, die Genossenschaft, der VVaG, die OHG, der Einzelkaufmann, die alle Träger gleich großer wirtschaftlicher Macht und Inhaber gleichwertiger Unternehmen sein können, haben solche Verpflichtungen nicht. Es besteht allein aus der Rechtsform der AG heraus kein Grund für eine derart tiefgreifende unterschiedliche Behandlung. - Aus alledem folgt, daß § 70 a.F. lediglich das interne Gesellschaftsverhältnis regelt, nicht aber die Rechtsverhältnisse nach außen betrifft.

24) vgl. z.B. unten S. 89 ff.

b) Adressaten des § 70 a.F.

Die oben angeschnittene weitere Frage ²⁵⁾, ob außer Vorstand und Aufsichtsrat auch die Gesellschaft selbst und die Hauptversammlung durch § 70 a.F. in Pflicht genommen werden, erübrigt sich damit ²⁶⁾. Denn wenn keine Verpflichtung nach außen besteht, ist es gleichgültig, ob der Vorstand oder die Gesellschaft der (die) Pflichtige(n) oder Adressat(en) sind.

3. Eine weitere Frage geht dahin, inwieweit der Erlaß neuer Gesetze, insbesondere des GG, auf den Inhalt des § 70 a.F. und seine Bedeutung eingewirkt hat.

Dem wird ausführlich in der eigenen Stellungnahme nachgegangen, insbesondere bei der Prüfung der Fortgeltung der in § 70 a.F. enthaltenen Rechtsgedanken. Hier soll nur im Hinblick auf das GG folgendes kurz erwähnt werden: Zweifel an der Fortgeltung des § 70 a.F. nach Erlaß des GG, mithin Zweifel an seiner Verfassungsmäßigkeit, sind nie erhoben worden. Das hätte eigentlich nahegelegen, weil insbesondere Westermann ²⁷⁾ nachgewiesen hat, daß § 70 a.F. Ausfluß des Wunsches war, das Führerprinzip in allen Ordnungsbereichen des Gemeinschaftslebens zu verwirklichen. Gleichwohl wurde die Regelung des § 70 a.F. als sachgemäß angesehen, wenn auch die Gründe dafür andere waren als die, welche dem Gesetzgeber im Jahre 1937 vorgeschwebt haben mögen. Das hat letztlich die Geltendmachung vom Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 70 a.F. verhindert. Für die rechtliche Verankerung der Selbständigkeit der Vorstandsstellung, die im AktG 1965 erneut bekräftigt ist, sprechen u.a. die Sachkunde des Vorstandes ²⁸⁾, zu der noch die Vorteile hinzukommen, daß ein Vorstandsmitglied im Gegensatz zu den Mitgliedern anderer Organe ständig mit den Geschäften der Gesellschaft vertraut ist. Die Berücksichtigung

25) vgl. zu II 2 vor a).

26) vgl. dazu die eingehenden Ausführungen Westermanns S. 260 ff., der die Frage vor der zu a) erörterten abhandelt. Diesen Ausführungen ist im übrigen voll zuzustimmen; sie erscheinen lediglich im vorliegenden Zusammenhang als für die Ergebnisse unerheblich, brauchen daher nicht näher erörtert zu werden.

27) a.a.O. S. 256 und Anm. 3 (S. 271, 272), sowie S. 265, 266 und Anm. 29 (S. 275.).

28) Westermann S. 256.

des Gemeinwohls bei Unternehmensentscheidungen ist nötig, weil die Unternehmen Einfluß auf das Gemeinwohl ausüben ²⁹⁾. Die Beachtung der Gefolgschaftsinteressen ist wichtig, weil das Unternehmen mit großer Macht auf seine Arbeitnehmer einwirken kann; darauf beruht auch letztlich der Grundgedanke aller Mitbestimmungsregelungen ³⁰⁾. Im übrigen dürften Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 70 AktG a.F. auch deshalb nicht erhoben worden sein, weil dazu mit Rücksicht auf das Fehlen von Rechtsfolgen im Außenverhältnis der Gesellschaft kein Anlaß bestand.

4. Eine andere Frage zu § 70 a.F., die gleichsam auf eine Gesetzeskritik hinausläuft, geht dahin, warum in dieser Vorschrift die Interessen der Aktionäre und der Gläubiger nicht in gleicher Weise erwähnt und gesichert sind. Dieses Problem wird im Schrifttum mehrfach angeschnitten; es spielte auch bei der Neufassung des § 70 a.F. in § 76 AktG 1965 eine bedeutende Rolle ³¹⁾. Die Frage ist einmal für die Beurteilung der heutigen Rechtslage nicht unwichtig, zum anderen ist sie methodisch sehr interessant und schließlich gibt die Antwort auch noch eine Bestätigung für die Auslegung des § 70 a.F. durch das Schrifttum.

a) Die Berechtigung der letzten Feststellung ergibt sich aus folgendem: Die Rechtsstellung der Aktionäre und Gläubiger gegenüber der Gesellschaft und deren Organe ist nach dem AktG weit stärker und auch eingehender geregelt als diejenige der Institutionen, die das Gemeinwohl und die Arbeitnehmerinteressen repräsentieren. Hätte der Gesetzgeber auch die Interessen jener mit in § 70 a.F. aufgenommen, wäre der Anschein ihrer - nicht gewollten - rechtlichen Gleichstellung entstanden. Daß der Gesetzgeber dieses unterlassen hat, spricht zusätzlich dafür, daß § 70 a.F. die Beachtung der Belange des Gemeinwohls und der Belegschaft nicht so stark sichern wollte; es kann da-

29) Westermann S. 269, 270 mit weiteren Nachweisen.

30) dazu statt vieler: Spieker, JZ 1962/721 ff.; Farthmann, WWI-Mitt. 1966 S. 1 ff.

31) vgl. dazu die oben in § 8, 1 wiedergegebenen Äußerungen aus den Gesetzesmaterialien.

her ein Rechtsanspruch auf Beachtung ihrer Interessen gegen die AG oder den Vorstand oder beide aufgrund des § 70 AktG a.F. nicht angenommen werden ³²⁾.

b) Die Rechte der Aktionäre und der Gläubiger sind durch eine Vielzahl von Einzelvorschriften geordnet. Diese geben ihnen eine Reihe einklagbarer Rechte zum Schutz ihrer Belange. Deshalb war ihre zusätzliche Erwägung in § 70 a.F. gar nicht erforderlich.

Für Aktionäre ergibt sich darüber hinaus noch, d.h. im Unterschied zu den Gesellschaftsgläubigern, folgende Besonderheit: Sie sind an der Geschäftsorganisation beteiligt, wirken deshalb am Unternehmensgeschehen mit, sie haben zumindest die Möglichkeit, die Macht, dies zu tun. Ihre Interessen sind in der Hauptversammlung - also gesellschaftsintern - institutionalisiert. Das gestattet ihnen eine Wahrnehmung ihrer Belange gegenüber der Gesellschaft und ihren anderen Organen, und zwar über die ihnen sonst noch zustehenden einklagbaren Einzelrechte hinaus. Die personelle Institutionalisierung kann eine ungleich bessere Interessenwahrnehmung gewährleisten als die Einräumung eines oder mehrerer Rechtsansprüche ³³⁾. Das gilt insbesondere für die mögliche Einwirkung auf Entscheidungen, die nicht oder nur beschränkt justitiabale Zweckmäßigkeitsfragen betreffen. Dabei sind letztlich nicht das Recht, sondern die Machtverhältnisse entscheidend; jenes setzt für diese lediglich einen Rahmen. Rechtsan-

32) Wie wenig diese und die im folgenden geschilderten Zusammenhänge berücksichtigt worden sind, zeigen die Ausführungen in der Begründung des Regierungsentwurfs zum AktG und in den Ausschlußberichten (s.o. § 8, 1): dort hatte man eine gleichberechtigte Nennung der Aktionärsinteressen in § 76 AktG erwogen. Andererseits sprechen diese Bemerkungen nicht gegen die hier gefundenen Erwägungen; diese beruhen auf der Systematik des Gesetzes, jenes ist lediglich eine unverbindliche Erwägung des Gesetzgebers (vgl. auch den Referentenentwurf zum AktG, 1958, zu E § 71 1. Absatz). Hervorzuheben bleibt, daß es lediglich um die Art und Weise des gesetzlichen Interessenschutzes geht. Deshalb ist Godin-Wilhelmi § 76 Anm. 6 auch in dem Ergebnis zuzustimmen, daß der Vorstand die Interessen aller Beteiligten in gleicher Weise zu berücksichtigen habe (a.M. Leo in Die AG 1957/157 ff., dem auch Gadow-Heinichen § 70 Anm. 11 b) mit überzeugenden Gründen entgegenstehen). Im übrigen unterliegt aber auch die Ansicht Wilhelms dem gleichen Irrtum wie die des Gesetzgebers.

33) zu diesem Unterschied auch Westermann, S. 269, 270 mit weiteren Nachweisen.

spruch und personelle Institutionalisierung zum Zweck einer Interessensicherung sind also zwei völlig verschiedene Arten des Interessen- und Rechtsschutzes. Das alles kann hier nur angedeutet werden; deshalb muß auch die Frage offenbleiben, inwieweit rechtlich erhebliche Wechselwirkungen zwischen beiden bestehen können. Im Grunde sind beide jedenfalls zwei verschiedene Mittel zur Erreichung desselben Zieles, der Sicherung von Interessen. Welches Mittel für die Sicherung des jeweiligen Zieles am besten ist, ist eine Zweckmäßigkeitsfrage des gesetzgeberischen Ermessens.

III. Rechtsprechung zu § 70 a.F.

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung war § 70 a.F. niemals tragender Entscheidungsgrund. Das RG und der BGH haben zu § 70 a.F. niemals klar Stellung genommen, die Vorschrift vielmehr nur beiläufig erwähnt. Dabei wurde nicht einmal die Stellungnahme des Schrifttums dargestellt³⁴⁾. Aus der Rechtsprechung lassen sich deshalb weder positive noch negative Erwägungen entnehmen. Das Fehlen von Rechtsprechung deutet aber auf einen Mangel des § 70 a.F. hin, nämlich auf seine unzureichende Praktikabilität.

IV. Kritik und Bedenken gegen die Auslegung des § 70 a.F. - zugleich die eigene Stellungnahme -

1. Systematischer Standort des § 70 AktG a.F.

Der erste Punkt der Kritik ist vornehmlich formaler Natur. Das Schrifttum zu § 70 a.F. läßt ungeklärt, ob diese Vorschrift die Pflichtwidrigkeit, also die Tatbestandsmäßigkeit einer Pflichtverletzung des Vorstandes ausschließt, einen Rechtfertigungsgrund darstellt oder zur Verneinung der Schuldhaftigkeit³⁵⁾ seines Verhaltens führt. Die Formulierungen im Schrifttum lassen erkennen, daß teilweise unterschied-

34) vgl. RG in JW 1938/2019 mit Anm. von Ruth; BGHZ 15/71; einen interessanten Fall aus dem vorliegenden Zusammenhang schildert das OLG Düsseldorf (B. v. 24.9.1957) in Die AG 1958 S. 12; es handelt sich dabei jedoch nur um einen Streitwertbeschuß, dessen Begründung für die hier maßgeblichen Probleme unergiebig ist.

35) Derartiges klingt bei Würdinger S. 119 an.

liche Ansichten vertreten und teilweise die Autoren sich nicht festlegen wollen, indem sie allgemeinere Redewendungen gebrauchen. Diese Unklarheit steht im Zusammenhang mit der unterschiedlichen Würdigung des § 84 Abs. 1 a.F. - im wesentlichen wie § 93 Abs. 1 n.F. -; hier sprechen einige von einer Sorgfaltspflicht, andere von Sorgfaltsmaßstab, manche sogar von beiden. All dieses ist jedoch für die heutige Praxis wenig bedeutsam. Deshalb soll darauf hier nicht näher eingegangen werden.

2. Maßstäbe für die Interessenabwägung im Einzelfall - § 70 AktG a.F. im Rechtssystem-----

Ein erheblicher Mangel ist im Schrifttum allerdings insoweit vorzufinden, als die Frage nicht erörtert wird, wie ein eventueller Widerstreit zwischen den erwerbswirtschaftlichen Zielen der AG, der Aktionäre und Gläubiger einerseits und den Interessen der Belegschaft und des Gemeinwohls - die übrigens auch untereinander kollidieren können - andererseits im Einzelfall zu entscheiden ist, welche Kriterien für die Abwägung maßgeblich sind. Es wird lediglich von einigen hervorgehoben, daß das Gemeinwohl oder das öffentliche Interesse inhaltlich gar nicht bestimmbar ist ³⁶⁾. Daran muß sich sofort die Frage anschließen, ob dann § 70 a.F. nicht überhaupt rechtlich irrelevant ist. Rechtlich erheblich kann eine Vorschrift - jedenfalls in einzelnen Richtungen - nur dann sein, wenn ihre Beachtung nachprüfbar und damit justitiabel ist. Daran fehlt es jedoch, wenn die Erfordernisse des Gemeinwohls nicht bestimmbar sind ³⁷⁾. Deshalb schließen sich die Ansichten, § 70 a.F. sei haftungsrechtlich rechtserheblich und das Gemeinwohl i.S.v. § 70 a.F. sei inhaltlich nicht konkretisierbar, gegenseitig aus. Daraus erwachsen Zweifel gegen die Auslegungsergebnisse des Schrifttums zu dieser Bestimmung. Sie lassen sich nur beseitigen, wenn man die Leitungsklausel inhaltlich auf irgendeine Weise so ausfüllen kann, daß sie für die Zwecke dieser Vorschrift praktikabel und dadurch justitiabel werden. Dieser Notwendigkeit wird man nicht schon dadurch enthoben, wenn man mit Westermann ³⁸⁾ sagt, die

36) vgl. Anm. 23 oben.

37) dazu in anderem Zusammenhang Gamillscheg, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Berlin 1966, S. 17 - 23.

38) a.a.O. S. 266, 267.

Abwägung eines solchen Interessenwiderstreits im Einzelfall sei nicht schwieriger als die Anwendung sonstiger Generalklauseln. Das ist zumindest für die Praxis unzureichend; das dürfte wohl das Fehlen von Rechtsprechung bewiesen haben.

Was zum Gemeinwohl gesagt worden ist, gilt gleichermaßen für die Belange der Belegschaft ³⁹⁾. Auch in dieser Beziehung ist nicht quantitativ zu ermitteln, was dieser rechtlich zukommt, was der Vorstand dieser überlassen und den Aktionären oder der AG zugunsten dieser entziehen darf. Darauf beruht letztlich das allgemeine Bekenntnis zur Tarifautonomie und auch die ungeteilte Ablehnung einer Zwangsschlichtung ⁴⁰⁾ für Tarifstreitigkeiten. Aus diesen beiden Grundsätzen oder besser aus den diese festlegenden Vorschriften folgt, daß die wirtschaftliche Stellung der Arbeitnehmer in erster Linie Gegenstand einer Verhandlungsfrage ist, die zwischen den Beteiligten auszuhandeln ist. Das bedeutet, daß dieses Problem oder dieser Sachbereich vornehmlich dem freien Spiel der Kräfte überlassen ist; daraus folgt, daß es sich hier trotz gewisser rechtlicher Bindungen für diese Verhandlungen um eine Macht-, nicht um eine Rechtsfrage handelt. Deshalb ist rechtlich nicht zu ermitteln, wie der Ertrag der AG zwischen Aktionären, Arbeitnehmern und der Gesellschaft ⁴¹⁾ zu verteilen ist. Wäre das der Fall, brauchten Tarifverträge nicht abgeschlossen zu werden; auch wäre die Einräumung des Streikrechts zur Erzwingung bestimmter Tarifverträge unnötig und unverständlich; dann brauchte auch niemand über die Zwangsschlichtung und deren Berechtigung Überlegungen anzustellen. Alles ergäbe sich automatisch aus dem geltenden Recht. Diese Erwägungen betreffen zwar das Außenverhältnis der AG zu ihren Arbeitnehmern. Lassen sich dort aber keine objektiv nachprüfbaren Abwägungskriterien finden, gilt das auch für das Innenverhältnis, weil in beiden Beziehungen über denselben Beurteilungsgegenstand, nämlich den Interessenwiderstreit zwischen Arbeitnehmern, Gesellschaft und Aktionären, zu entscheiden ist. Das Innenverhältnis betrifft u.a. alle Formen der Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder; diese wiederum sind justitiabel, deshalb müssen

39) Insoweit werden die Rechtsgrundsätze des § 70 a.F. freilich nur bedeutsam, als die Gesellschaft Arbeitnehmer beschäftigt, also Arbeitgeber ist.

40) vgl. dazu Hueck-Nipperdey, Bd. 2, 1. Halbband, 1. Lieferung, 1966, S. 29, 1. Abs.

41) z.B. zu Investitionszwecken.

auch die einzelnen Merkmale gerichtlich, mithin objektiv nachprüfbar sein.

Aus diesem Grunde wäre die Auslegung des § 70 a.F., wie sie das Schrifttum allgemein vertreten hat, abzulehnen, wenn sich für die vorzunehmende Interessenabwägung keine nachprüfbaren und justitiablen Beurteilungs- oder Abwägungskriterien finden lassen. Diese Kriterien müssen so gefaßt werden, daß sie in das allgemeine Rechtssystem passen, also nicht anderen gesetzlichen Regelungen widersprechen. § 70 a.F. darf nicht für sich allein betrachtet werden, er muß vielmehr - wie eben angedeutet worden und später noch näher zu besprechen ist - in seiner Stellung im Gesamtrechtssystem gesehen werden. Deshalb darf z.B. die Anordnung, das Wohl der "Gefolgschaft" zu fördern, nicht dahin verstanden werden, daß die Grundsätze der Tarifautonomie verletzt werden. Die Kriterien für die Interessenabwägung müssen weiter den anerkannten Rechtssicherheitserfordernissen (Art. 20 GG) entsprechen: sie müssen so praktikabel sein, daß die Gerichte nicht überfordert werden. Für alles ist Grundvoraussetzung, daß es sich wirklich um eine Rechtsfrage, nicht lediglich um eine Zweckmäßigkeitsfrage handelt, gleich welcher Art von Kriterien für deren Beantwortung maßgeblich sind. Die Praktikabilität des Rechts erfordert die Beachtung eines weiteren Punktes: Neben der Anwendbarkeit durch die Gerichte ist zu bedenken, daß die Auslegung der Vorschrift eine sichere Richtschnur für das einzelne Vorstandsmitglied gewährleisten muß. Der besondere Charakter dieser Entscheidungstätigkeit der Vorstandsmitglieder, deren Hauptgewicht im Gegensatz zur richterlichen Tätigkeit auf der Gestaltung liegt, und die Tatsache, daß es in diesem Punkt im Wirtschaftsleben regelmäßig um die Verteilung großer Werte geht, nötigt zu möglichst großer Klarheit.

Quantitative Kriterien lassen sich gar nicht aufstellen, weil das eine Verletzung der Grundsätze des freien Wirtschaftslebens (Art. 2 Abs. 1 GG) und der Tarifautonomie (Art. 9 Abs. 3 GG) bedeuten würde. Für diese bliebe kein durch Entscheidungen und Verabredungen zu gestaltender Raum, wenn - was bei einer quantitativen Abgrenzung die notwendige Folge wäre - z.B. im Unternehmen 25 % des Ertrages verbliebe, 25 % an die Aktionäre ausgeschüttet, 25 % für öffentliche Belange ausgegeben und 25 % der Belegschaft neben einem Grundlohn zugewendet würden. Daher muß an andere Gesichtspunkte angeknüpft werden.

Dafür bietet sich zunächst rein tatsächlich die Verkehrsanschauung an. Dabei bleibt lediglich die Frage, in welcher Weise dieser rechtliche Bedeutung in diesem Bereich beigelegt werden kann, m.a.W. wie sie zu rechtlich Verbindlichem erhoben werden kann. Dafür bietet sich § 93 Abs. 1 AktG an; "die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters" bestimmt sich nach der Verkehrsanschauung ⁴²⁾. Bedenken dagegen ergeben sich freilich sofort deshalb, weil die Entscheidungen des Vorstandes im Lichte aller Verantwortlichkeitsformen zu sehen sind, § 93 AktG dagegen nur eine Verantwortlichkeitsform betrifft. Es kommt hinzu, daß bei § 93 Abs. 1 AktG nicht abschließend geklärt ist, ob diese Vorschrift den Inhalt der Vorstandspflichten oder den von ihm zu beachtenden Sorgfaltsmaßstab regelt. Beide Folgen zu beachten, ist deshalb besonders wichtig, weil nicht alle Verantwortlichkeitsformen ein schuldhaftes Verhalten voraussetzen. Diese Bedenken sind zu beachten, können hier aber beiseite bleiben, weil es lediglich um eine Konstruktionsfrage geht. - Deshalb ist nun zum Stichwort "Verkehrsanschauung" zurückzugehen. Es ist schon dargelegt, daß die Maßstäbe für die Entscheidung der Interessengegensätze im Rahmen des § 70 a.F. so gefaßt sein müssen, daß sie in das Rechtssystem passen. Deshalb muß dieses zunächst erörtert werden, bevor auf die Verkehrsanschauung als Kriterium und auf deren Brauchbarkeit eingegangen werden kann. Dabei ist das Rechtssystem nach Gemeinwohl- und Belegschaftsinteressen gesondert zu untersuchen.

a) Belegschafts- oder Gefolgschaftsinteressen

Beide Begriffe sind Synonyme. Den Großteil der Belegschaft stellen die Arbeitnehmer, die im Unternehmen arbeiten. Der Begriff ist hier im weitesten Sinne zu verstehen ⁴³⁾. Er umfaßt hier auch alle sonstigen Mitarbeiter, mögen diese auch sonst nicht Arbeitnehmer im Sinne von Einzelgesetzen sein. Alle diese Personen haben ein Interesse - betrachtet man das Endziel - an einem sicheren Einkommen; dieses zerfällt in eine Vielzahl von Einzelposten. Manche von diesen sind in einzelnen Gesetzen gesichert. Neben Gesetzen können Tarifverträge,

⁴²⁾ so ausdrücklich Gadow-Heinichen § 84 Anm. 9.

⁴³⁾ zu den verschiedenen Arbeitnehmerbegriffen unseres Rechts vgl. Mayer-Maly, Erwerbsabsicht und Arbeitnehmerbegriff, Berlin 1965.

Betriebsvereinbarungen und Einzelverträge Schutz schaffen. Allen diesen Rechtsquellen ist gemeinsam, daß sie ganz konkrete Rechte regeln, oder daß sie in anderen Punkten die Rechte des Arbeitgebers in bestimmten Situationen beschränken. Die Folge davon ist, daß dem Arbeitgeber und Unternehmer damit in der Regel jeder Ermessensspielraum genommen, ihm also genau bestimmt auferlegt ist, was er zu tun und zu unterlassen hat. Daraus folgt zunächst, daß insoweit, als spezielle Bestimmungen eingreifen, § 70 a.F. nicht maßgeblich sein kann. Insoweit hat der Vorstand nämlich keine Wahlmöglichkeiten zwischen verschiedenen denkmöglichen Alternativen. Andererseits bedeutet das, daß der Gesetzgeber durch eine Einzelregelung klargestellt hat, wie er insoweit die Interessen der Arbeitnehmer geschützt sehen möchte. - Für Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen ergibt sich dabei noch eine Besonderheit. Sie schaffen für die Belegschaft und auch für den einzelnen Arbeitnehmer erst nach ihrem Zustandekommen einen Schutz. Ob sie abgeschlossen werden, steht im Belieben der beteiligten Vertragspartner. Das bedeutet, daß es sich hier nach dem genannten Rechtssystem im wesentlichen oder in erster Linie um eine Macht- und auch eine Ermessensfrage handelt. Das hat der Gesetzgeber im einzelnen verfahrensmäßig geregelt, woraus aber andererseits folgt, daß insoweit auch durch § 70 a.F. der Vorstand und die AG kein Entscheidungsrecht erhalten sollen. Der Schutz der Belegschaften, insbesondere der Arbeitnehmer, ist deshalb weitgehend auf anderen Wegen gesichert. Dabei bleibt am Rande zu erwähnen, daß dieses bei Erlass des alten Aktiengesetzes im Jahre 1937 wegen des Verbots der Gewerkschaften und der andersartigen inneren Strukturierung der Belegschaften entsprechend dem AOG vom 20.1.1934 ⁴⁴⁾ anders war ⁴⁵⁾. Obwohl die Arbeitnehmer- bzw. Belegschaftsbelange teilweise besonders geregelt sind, bleibt den Unternehmensleitungen noch ein weiter Entscheidungsspielraum. Insoweit greift § 70 a.F. ein, wenn er aktuelles Recht enthält. Das gilt auch für die Frage, ob ein Vorstand einen Tarifvertrag - wenn ausnahmsweise Firmentarifverträge vereinbart werden - oder eine Betriebsvereinbarung abschließen darf. Dabei handelt es sich um eine Ermessensfrage. Diese Einbettung des § 70 a.F. in das sonstige Rechtssystem ist jedenfalls zu beachten; sie konnte hier allerdings nur skizziert umrissen werden. Festzuhalten ist als Ergebnis, daß

44) RGBL. I 45 ff.

45) vgl. dazu insbesondere Schlegelberger-Quassowski § 70 Anm. 6 ff.

§ 70 a.F. nur insoweit Bedeutung erlangen kann, als der Vorstand oder die AG eine Entscheidungsfreiheit besitzen, also nicht schon durch andere gesetzliche Vorschriften konkret gebunden sind. Soweit das der Fall ist, ist die Anwendbarkeit des § 70 AktG a.F. ausgeschlossen.

b) Gemeinwohlinteressen

Der Begriff "Gemeinwohl" ist im hier interessierenden Bereich sachlich identisch mit dem "gemeinen Nutzen von Volk und Reich". Zum Gemeinwohl zählen das Wohl des Staatswesens in allen seinen Ausformungen, d.h. des Bundes, der Länder, der Gemeinden, der Kammern und Körperschaften usw.; dazu gehören alle Belange der Öffentlichkeit, ob sie irgendwie institutionalisiert sind oder nicht, z.B. Interessen an Preisen, Geldstabilität, Wettbewerb, Vollbeschäftigung, Prinzipien des Staatsaufbaues usw. Diese Interessen, Belange und Ziele können auf vielfältige Weise, insbesondere durch die Gesetzgebung und Verwaltung der staatlichen Organisationen, aber auch im Wege der Selbsthilfe durch einzelne, Vereine und Verbände geschützt werden. In diesem Bereich findet man vielfältige Bestimmungen, z.B. im Wirtschafts- und Steuerrecht. Neue Schwierigkeiten, Mißstände oder Probleme können durch den Erlaß neuer Gesetze und anderer Maßnahmen beseitigt werden. Auch insoweit ist § 70 a.F. zurückgedrängt; aber auch hier bleiben Bereiche, für die jene Vorschrift Bedeutung haben kann, weil den Unternehmen und damit auch den Vorständen von Aktiengesellschaften Ermessensspielräume verbleiben. Auch in diesem Punkte konnte der Rahmen freilich ebenfalls nur angedeutet werden.

c) Gesetzliche Gestaltungsmöglichkeiten für die Interessensicherung

Das Vorstehende hat gezeigt, daß viele Bereiche des Unternehmenslebens und damit des Tätigkeitfeldes des Vorstandes von Aktiengesellschaften durch besondere Rechtsnormen im einzelnen geregelt sind. Soweit der Gesetzgeber dabei Gestaltungsspielräume offengelassen und deren Regelung in das Belieben der Beteiligten gestellt hat, fragt es sich, ob solche Machtfragen über § 70 a.F. in "rechte Bahnen" gelenkt werden können. Es ist zu prüfen, inwieweit das "freie Spiel der Kräfte" in einen rechtlichen Rahmen gefügt werden kann. Zu be-

achten bleibt immer, daß es hier ausschließlich um den gesellschafts-internen Raum geht, weil § 70 AktG a.F. nur diesen erfassen kann; er wird allerdings jeweils von außen beeinflusst. Es interessiert mithin nur das Verhältnis Aktionäre - Gesellschaft - Vorstand. - Dafür erscheint in methodischer Hinsicht noch folgender Zusammenhang interessant: Bei der Darstellung der Auslegung des § 70 a.F. durch das Schrifttum ist das Ergebnis ermittelt, daß diese Bestimmung den Vorstand von der Verantwortlichkeit gegenüber der AG (und damit mittelbar auch gegenüber den Aktionären) befreit. § 70 a.F. hat also für die AG und die Aktionäre negativen Charakter. Das Gesetz enthält keine positive Regelung darüber, was diese verlangen können; es regelt vielmehr nur, was diese nicht vom Vorstand beanspruchen können. Das hat seine Ursache in der selbständigen Stellung des Vorstandes; diese wäre beseitigt, hätte das Gesetz eine i.o.S. positive Regelung getroffen. Das wäre dem Gesetzgeber in der Form einer konkreten Rechtsfolge, eines Anspruchs der Gesellschaft oder der Aktionäre gegen den Vorstand, auch sachlich gar nicht möglich gewesen. Bei unternehmerischen Entscheidungen ist eine Vielzahl von Umständen zu berücksichtigen; diese sind gegeneinander abzuwägen. Macht der Vorstand dabei in einem Punkt einen Fehler, begeht er dort einen Rechtsverstoß, so mag die Entscheidung fehlerhaft oder rechtswidrig sein; es läßt sich dann jedoch noch keineswegs sagen, wie die richtige oder rechtmäßige Entscheidung hätte lauten müssen. Auf diesen Erwägungen beruht letztlich das Rechtsinstitut des aktienrechtlichen Anfechtungs- und Nichtigkeitsrechts. Die richtige oder rechtmäßige Entscheidung muß erst neu erarbeitet und gefunden werden. U.a. deshalb konnte auch § 70 a.F. im Verhältnis zwischen der AG und dem Vorstand für jene nur negativ gefaßt werden. Etwas Ähnliches ist auch dem Verwaltungsgerichtsprozeß eigen: Werden Ermessensentscheidungen der sog. gewährenden Verwaltung bekämpft, ist die Erhebung einer sog. Verpflichtungsklage kaum möglich. Es bleibt nur der Weg der Anfechtungsklage mit der Folge, daß die Behörde nun erneut unter Vermeidung von Ermessensfehlern zu entscheiden hat.

Methodisch interessant bleibt schließlich ein Blick auf § 49 Abs. 1 BetrVG. Diese Vorschrift beschäftigt sich mit demselben Interessen Gegensatz wie § 70 a.F.. Unterschiedlich sind beide Bestimmungen - darauf wird noch einzugehen sein - freilich deshalb, weil diese die

sog. Unternehmens-, jene die sog. Betriebsebene betrifft ⁴⁶⁾. Auch jene Vorschrift wird als aktueller Rechtssatz angesehen ⁴⁷⁾; fraglich ist lediglich ihre Bedeutung im einzelnen. Sieht man von einigen am Rande liegenden Ausnahmefällen ab, läßt sich diese wie folgt knapp umreißen: § 49 Abs. 1 BetrVG regelt die Frage, wie der Arbeitgeber und der Betriebsrat gemeinschaftliche Aufgaben zu erledigen haben. Ob das gemeinschaftlich zu geschehen hat, bestimmt sich vornehmlich nach den §§ 56 ff. BetrVG. Nur für diesen Bereich sind die Gerichte zuständig, für jenen dagegen Einigungs- oder Vermittlungsstellen. Diese beschäftigen sich insoweit aber im Gegensatz zu den Gerichten mit Zweckmäßigkeits- oder Ermessensfragen, die auf wirtschaftlichem, sozialem, technischem und anderem Sektor liegen. Darüber sollen die Gerichte nicht entscheiden, sie können es auch nicht ⁴⁸⁾. Diese Grenzen gilt es ebenfalls zu sehen, sollen die Gerichte nicht mit Aufgaben belastet werden, die sie nach der Struktur des Rechts nicht erledigen können ⁴⁹⁾. Diese Grenzen hat der Gesetzgeber im BetrVG auch sicherlich bewußt gezogen. Sie sind auch bei § 70 a.F. zu beachten, wenn Kriterien für dessen Justitiabilität erarbeitet werden. Bevor diese nicht gefunden sind, kann der im Schrifttum zu § 70 a.F. vertretenen allgemeinen Meinung nicht zugestimmt werden.

d) Die Verkehrsanschauung im Rahmen des § 70 a.F. und die Bestimmung ihres Inhalts

Nach dieser Einordnung des § 70 a.F. in das Rechtssystem bleibt auf die Verkehrsanschauung über die Abwägung der Interessen, die in § 70 AktG a.F. angesprochen sind, einzugehen. Es stellt sich die Auf-

46) dazu statt vieler BAG in AP Nr. 1 zu § 88 BetrVG; diese Unterscheidung ist in dem Urteil freilich in einem anderen Zusammenhang angesprochen worden.

47) Dazu insbesondere Bulla RdA 1965/121 ff., 127 und die dort in Anm. 74 Zitierten.

48) statt aller: Bötticher, Festschrift für Lent, München 1957, S. 89 ff.; Fitting-Kraegeloh-Auffarth § 50 Anm. 3 u. 36. - Für diese beiden unterschiedlichen Tätigkeitsbereiche haben sich die Begriffe "Rechtsstreitigkeit" und "Regelungsstreitigkeit" eingebürgert; dazu der Verf. in MbGespr 1966/23.

49) Die dahinter stehenden Gefahren werden in letzter Zeit besonders deutlich durch die z.T. harte Kritik der Öffentlichkeit an den Gerichten, wenn dabei im Vordergrund auch formale Erwägungen stehen mögen.

gabe ihrer inhaltlichen Konkretisierung in die Richtung, daß das Wohl der Belegschaft und der Allgemeinheit bei Unternehmensentscheidungen und bei der Unternehmensleitung überhaupt gewahrt werden. Dabei ist zu beachten, daß die danach letztlich maßgeblichen Kriterien sich in das Rechtssystem einpassen, mithin keine Rechtsgrundsätze aus anderen Ebenen verletzen. Auch hier ist wieder zu trennen zwischen den Belegschaftsinteressen und den Belangen des Gemeinwohls:

aa) Belegschaftswohl

Oben ist dargetan, daß die Bedeutung des § 70 a.F. durch viele andere gesetzliche Regelungen zurückgedrängt wird. Praktisch erheblich wird § 70 a.F. deshalb lediglich etwa für die betrieblichen Sozialleistungen und damit für einen Großteil von Betriebsvereinbarungen, eine Erfolgsbeteiligung der Arbeitnehmer und die Gesamtinteressen der Belegschaft, d.h. die Belange, die sich nicht in Einzelrechten niederschlagen oder sonst besonders geregelt sind. Für den Fall des Abschlusses von Tarifverträgen ist die Bedeutung dagegen weit geringer, weil die meisten Arbeitgeber in Verbänden ⁵⁰⁾ zusammengeschlossen sind ⁵¹⁾ und die Tarifverträge von diesen geschlossen werden ⁵²⁾. - Läßt man für die Wahrung des Wohls der Belegschaft und dessen Abwägung zu anderen im Unternehmen berührten Belangen die Verkehrsanschauung entscheiden, führt das nicht zu einer vom Gesetzgeber - wie betont - nicht gewollten starren Verteilung des Unternehmensertrages.

-
- 50) Die bisher nicht erörterte Frage, ob die Verbände bei ihrer Tätigkeit für Aktiengesellschaften diesen gegenüber (im Außenverhältnis zu Dritten, insbesondere zu den Gewerkschaften, tritt - wie gezeigt - eine solche Bindung nicht ein) zur Beachtung der Rechtsgrundsätze des § 70 a.F. gehalten sind, dürfte zu verneinen sein. Die Gesellschaften sind durch das Verbandsrecht genügend geschützt. Die Verbände vertreten auch nicht die Vorstände, sie sind vielmehr für die Gesellschaften selbst - dazu nicht als Vertreter im Rechtssinne (Hueck-Nipperdey Bd. 2, 1. Halbband § 21, I, S. 448 ff.) - tätig. Schließlich führte die gegenteilige Ansicht zu einer durch nichts zu rechtfertigenden Sonderbehandlung der Aktiengesellschaften in der Selbstverwaltung des Arbeitslebens, sie wäre auch praktisch nicht durchführbar.
- 51) Nach Angaben des Präsidenten der Bundesvereinigung der Arbeitgeberverbände, Balke, über 80 % der Arbeitgeber (Seminarvortrag am 26.1.1967 in der Universität Bochum).
- 52) Die in der Praxis seltenen Firmentarifverträge könnten allerdings die Rechtsgrundsätze des § 70 a.F. erheblich werden lassen. Eine rechtliche Sonderproblematik gegenüber den anderen Fallgruppen entsteht dann freilich nicht.

Die verschiedenen Unternehmensgrößen, die Eigenarten der Branchen, die jeweilige gesamtwirtschaftliche Situation und die Lage des einzelnen Unternehmens mit den verschiedenartigsten wirtschaftlichen Daten lassen eine weite Entscheidungsfreiheit und öffnen den Weg zu unterschiedlichsten Abwägungen im Einzelfall. Hinzu kommt die Notwendigkeit von Werbemaßnahmen des Unternehmens auch außerhalb der Zeiten von Hochkonjunkturen und Vollbeschäftigung; auch das eröffnet eine hinreichend große Flexibilität. Dadurch wird ein starrer Verteilungsschlüssel und insbesondere auch - was u.U. noch weit abwegiger sein könnte - die Zementierung der Interessenabwägung auf einen festen Stand vermieden. Der ständige Wandel der Daten erhöht noch die Anpassungsfähigkeit der Kriterien. Alle Umstände vermeiden starre Anweisungen, die nach unserem Rechtssystem unzulässig wären, sie gestatten aber dennoch - wenigstens in gewissem Umfange - eine gerichtliche Überprüfbarkeit anhand objektiv feststellbarer Momente. Die inhaltliche Bestimmung der Verkehrsanschauung muß im Einzelfall mit Hilfe der Volks- und Betriebswirtschaftslehre gefunden werden. Dabei ist freilich eine gewisse Pauschalierung durch den unwissenschaftlichen Charakter der Verkehrsanschauung zu beachten. Daß dann auch Beurteilungsspielräume im Sinne der Lehren zum Verwaltungsrecht ⁵³⁾ übrig bleiben, ändert im Grunde ebenso wenig wie im Verwaltungsgerichtsprozeß an der gerichtlichen Nachprüfbarkeit. Dabei könnte man dann an die im Verwaltungsrecht erarbeiteten Grundsätze anknüpfen; zu modifizieren wäre lediglich in Einzelpunkten wegen der Besonderheiten der verschiedenen Sachbereiche.

Bedenken können allenfalls noch bleiben wegen der schon erwähnten Regelung der §§ 49 ff. BetrVG: Dort hat der Gesetzgeber diese Interessenabwägungen der Zuständigkeit der Gerichte entzogen, Streitigkeiten darüber werden von Einigungsstellen entschieden, die keinen Gerichtscharakter haben. Zwischen der Regelung der §§ 49 ff. BetrVG und dem hier interessierenden Bereich bestehen jedoch Unterschiede, so daß eine rechtlich bedeutsame Parallele nicht gezogen werden kann. Dort entscheiden zwei Partner gemeinsam, während hier der Vorstand allein zu urteilen hat. Dort ist eine Regelung und mithin eine Entscheidung noch zu treffen, während hier schon vom Gericht überprüfbare Entscheidungen vorliegen. Das Gericht kann also im

53) H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 31 I c.

wahrsten Sinne urteilen, es braucht nicht - wie die Einigungsstelle - mitzugestalten. Beide Entscheidungsvorgänge sind unterschiedlicher Natur. Darauf ist später noch einzugehen. Im übrigen ist auch der historische Hintergrund des § 49 Abs. 1 BetrVG zu berücksichtigen: Der Gesetzgeber wollte auf jeden Fall vermeiden, daß die Interessengegensätze im Unternehmen mit harten Mitteln ausgefochten werden; dafür sah er die Beteiligung einer möglichst betriebsnahen Stelle als Garantie an. Diese Gewähr schien ihm durch ein Einsetzen der Gerichte nicht geboten zu sein.

bb) Gemeinwohl

Dasselbe gilt für das Gemeinwohl, nur daß dort dessen spezifische Anliegen und die besonderen gesetzlichen Regelungen zu berücksichtigen sind.

Aus alledem folgt weiter, daß der allgemein vertretenen Auslegung zu § 70 a.F. in allen Punkten zugestimmt werden kann ⁵⁴⁾; es ist jedoch notwendig, praktikable, konkrete Maßstäbe für die Abwägung der gegenüberstehenden Interessen aufzustellen. Anzufügen bleibt lediglich noch, daß bei der Berücksichtigung der Verkehrsanschauung immer deren Unterschied zum Gewohnheitsrecht zu beachten ist. Nur dann kann man hier die sich aus dem Rechtssystem ergebenden Forderungen erfüllen. Die Praktikabilität dieser rechtlichen Grundsätze setzt eine Ermittlung der Verkehrsanschauung voraus. Diese Aufgabe ist primär nicht rechtswissenschaftlicher Natur; sie gehört in den Bereich der Volks- und Betriebswirtschaft ⁵⁵⁾. Der Richter übernimmt lediglich die dort gefundenen Ergebnisse, soweit sie Verkehrsanschauung geworden sind und diese für das Recht maßgebend ist.

3. Weiter bleibt bei § 70 a.F. zu erörtern, ob diese Vorschrift für alle Entscheidungsbereiche des Aktiengesellschaftsvorstandes maßgeb-

54) Zu Einzelfragen ist schon auf S. 83 ff. positiv Stellung genommen.

55) Zum Ineinandergreifen mehrerer Disziplinen im Aktienrecht vgl. Mestmäcker in JUS 1963/417 ff.; für die Arbeitnehmerinteressen: Die Aufwendungen der Arbeitgeber für Personal- und Personalnebenkosten, 1964, "Wirtschaft und Statistik", Herausgeber: Statistisches Bundesamt, Wiesbaden 1966, Nr. 9, S. 591 - 596.

lich ist. Bedenken dagegen hat Hefermehl ⁵⁶⁾ insoweit erhoben, als er dem Vorstand die Berechtigung versagen will, an Dritte Zuwendungen in Ausführung des § 70 a.F. zu machen. Hefermehl hält die Hauptversammlung für zuständig. Daraus läßt sich freilich nicht herleiten, daß § 70 a.F. für das Jahresabschluß- und Gewinnverteilungsrecht nicht maßgeblich sein soll. Auf gleicher Linie damit liegt die Feststellung, daß § 70 a.F. nicht nur das Organ Vorstand, sondern vielmehr die AG und damit alle ihre Organe bindet. U.a. auch deshalb gilt § 70 a.F. in allen Bereichen des Aktienrechts ⁵⁷⁾. Das mußte hier zur Vermeidung von Mißverständnissen noch angefügt werden. Die von Hefermehl erörterte Zuständigkeitsfrage braucht hier dagegen nicht vertieft zu werden.

§ 10 Die Fortgeltung der Rechtsgrundsätze des § 70 a.F. im neuen Aktienrecht

I. Die im Schrifttum vertretenen Ansichten

Es ist schon oben dargelegt worden, daß die Ausführungen des Gesetzgebers in den Gesetzesmaterialien über die Selbstverständlichkeit der Fortgeltung der Rechtsgedanken aus § 70 a.F. für sich nicht ausreichen, die Frage zu bejahen ⁵⁸⁾. Deshalb können auch die darauf allein fußenden Erklärungen Huecks ⁵⁹⁾ und Spiekers ⁶⁰⁾ nicht befriedigen. Ebensowenig überzeugend ist der Hinweis des Gesetzgebers in den Gesetzesmaterialien auf § 396 AktG; es ist ebenfalls schon dargelegt ⁶¹⁾, daß diese Vorschrift sich weder im Inhalt noch in ihrer Schutzrichtung mit § 70 a.F. deckt, dessen Rechtsgedanken auch nicht beinhaltet, ebenfalls nicht darauf implicite aufbaut. Dieser Hinweis steht im übrigen - ebensowenig wie die Erklärungen über die Selbstverständlichkeit positive Bedeutung haben - der Fortgeltung des § 70 a.F. in seiner dargelegten Bedeutung nicht entgegen. Die Frage muß also auf einem anderen Wege gelöst werden. Die Gesetzes-

56) DB 1954 S. 1037 - 1040 und 1061, 1062.

57) so ausdrücklich Godin-Wilhelmi § 76 Anm. 5 a.E.

58) s.o. § 8, 5.

59) RdA 1965/325 und Lehrbuch (13. Aufl.) S. 132, 134.

60) MbGespr 1965/205, 206.

61) s.o. § 9 I 1; anders aber auch neuerdings Godin-Wilhelmi § 76 Anm. 5.

materialien sind dafür auch nicht einmal richtungweisend, weil der Gesetzgeber bedauerlicherweise keine Begründung für seine Ansicht über die Selbstverständlichkeit der Fortgeltung des § 70 a.F. gegeben hat.

Die Weitergeltung dieser Grundsätze kann man jedenfalls nicht mit einem "argumentum e contrario" aus Einzelvorschriften des AktG (z.B. §§ 104 Abs. 4 Satz 4, 160 Abs. 4 Satz 2) etwa mit der Erwägung verneinen, die Existenz der Einzelvorschriften zeige, daß es einen allgemeinen Rechtssatz dieses Inhalts nicht mehr gebe. Dagegen spricht vor allem die Systematik des alten AktG: Obwohl dieses in § 70 eine allgemeine Regelung enthielt, wurden in Einzelvorschriften diese Belange vielfach nochmals besonders angesprochen. Keine andere Bedeutung haben auch die Einzelvorschriften des AktG 1965 gegenüber einem allgemeinen Rechtsgrundsatz mit dem Inhalt des § 70 a.F..

Obermüller-Werner-Winden ⁶²⁾ weisen zwar ebenfalls zunächst auf die Selbstverständlichkeit dieser Rechtslage trotz der Streichung hin, sie geben aber darüber hinaus eine eigenständige Begründung: Nach den Gesetzen unseres sozialen Rechtsstaates (z.B. BetrVG, KSchG) seien alle Aktiengesellschaften auch ohne diesen Hinweis zur gebührenden Berücksichtigung des Wohles und der Interessen der Arbeitnehmer und der Öffentlichkeit verpflichtet. - Im wesentlichen ebenso lautet die Begründung Godin-Wilhelmis ⁶³⁾, sieht man von der Erwähnung des § 396 AktG ab ⁶⁴⁾: Die Pflicht zur Beachtung des Wohls der Arbeitnehmer ergebe sich (auch) aus einer Vielzahl von Vorschriften, welche die Ausgestaltung der Grundsätze des sozialen Rechtsstaates im einzelnen näher regeln (KSchG, MuSchG, Verbot der Kinderarbeit, SchwBeschG, BetrVG, Unfallverhütungsgesetz). Es verstehe sich zudem von selbst, daß die AG sich nicht über die Interessen ihrer Arbeitnehmer hinwegsetzen dürfe ⁶⁵⁾. Im übrigen weist Wilhelmi auf die weitgehende sonstige Regelung der Arbeitnehmerinteressen durch den Gesetzgeber hin, insbesondere durch die Mitbestimmungsrechte im Be-

62) I S. 41.

63) § 76 Anm. 5 - 7.

64) s.o. Anm. 61.

65) das dürfte i.S. der Ausführungen Westermanns S. 259, 260 zu verstehen sein.

etriebs- (Betriebsrat) und Unternehmensbereich (Arbeitsdirektor, Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat). Besonders wichtig erscheinen seine Schlußbemerkungen ⁶⁶⁾: "Selbstverständlich sind alle diese gesetzlichen Regelungen nicht erschöpfend. Unter dem Wohl der Belegschaft ist noch mehr zu verstehen. Der Vorstand hat den Umfang der freiwilligen sozialen Leistungen festzusetzen".

Wesentlich anders begründet Würdinger ⁶⁷⁾ die Fortgeltung der Rechtsgedanken des § 70 a.F.: Der Vorstand sei auch dem in Art. 14 GG statuierten Grundsatz der sozialen Bindung des Eigentums unterworfen. Deshalb habe der Vorstand in pflichtgemäßem Ermessen nicht nur die Interessen der Aktionäre zu wahren, sondern auch den Interessen der Belegschaftsmitglieder und dem Gemeinwohl Rechnung zu tragen. Bei der Wahrung dieser Interessen sei § 93 Abs. 1 AktG maßgebend.

II. Eigene Stellungnahme zu den Literaturansichten

Zu diesen zwei oder, wenn man die Darstellung Godin-Wilhelmis als besondere ansieht, drei Begründungen ⁶⁸⁾ bleibt folgendes zu bemerken: Soweit auf den Schutz durch andere Gesetze hingewiesen und daraus für den vorliegenden Bereich der Schluß gezogen wird, daß sich daraus die Fortgeltung des § 70 a.F. ergebe, bestehen gleich mehrere Bedenken. Einmal dürfte man bei einer spezialgesetzlichen Regelung einzelner Bereiche gar nicht auf eine Generalklausel zurückgehen; das verbietet schon der Grundsatz "lex generalis derogat legi speciali". Die bisherige Begründung der h.M. spricht somit eher gegen als für die Fortgeltung der Rechtsgrundsätze des § 70 AktG a.F.. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß die Einzelgesetze punktuell einzelne Fallgestaltungen aus einem weiten Bereich möglicher Interessenkollisionen regeln und dabei den angesprochenen Rechtssubjekten konkrete Handlungen ge- oder verbieten, so daß in dem jeweiligen Bereich kein Handlungs- und damit kein Ermessensspielraum bleibt. Darauf deutet auch Wilhelmi ⁶⁹⁾ hin, wenn er die Regelung der Einzel-

66) § 76 Anm. 7 a.E.

67) § 21 IV 2 b (S. 119).

68) Die Ansichten A. Huecks und Spiekers sind schon oben abgelehnt; vgl. S. 100.

69) s. o. S. 101.

gesetze als nicht erschöpfend bezeichnet, weil das Wohl der Belegschaft noch weiter gehe. Der entscheidende Unterschied zwischen den Einzelgesetzen und § 70 a.F. besteht darin, daß bei dieser Vorschrift ein Handlungsspielraum ausgefüllt werden soll, die Einzelgesetze dagegen Entscheidungsalternativen von vornherein ausschließen. Sind diese Vorgegebenheiten aller dieser Vorschriften schon verschieden, dürfte die Entlehnung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes der in § 70 a.F. normierten Art aus den vielfältigen Einzelvorschriften auch daran scheitern, daß deren Tatbestände, insbesondere aber deren Rechtsfolgen, zu unterschiedlich sind, als daß sie auf einen Grundgedanken i.S. der allgemein vertretenen Auslegung zu § 70 a.F. rückführbar wären. Mit allen angezogenen Einzelgesetzen ist auch nur das Arbeitnehmerwohl rechtlich in gewissem Rahmen gesichert, nicht aber das Gemeinwohl. Beide standen aber in § 70 a.F. nebeneinander.

Etwas anders liegt die Problematik bei Art. 14 Abs. 2 GG. Aber auch diese Vorschrift erscheint für den vorliegenden Fragenkomplex letztlich als unzureichend. Einmal sind die Gedanken Würdingers nur unter großen Schwierigkeiten haltbar. Es ist nämlich streitig, ob Art. 14 Abs. 2 GG aktuelles Recht ⁷⁰⁾ ist oder lediglich ein sozialetisches Prinzip ⁷¹⁾ ausdrücken will. Es ist auch wenigstens unklar, ob der Schutzzumfang des Art. 14 Abs. 2 GG dem des § 70 a.F. entspricht. Manche ⁷²⁾ sprechen davon, daß durch Art. 14 Abs. 2 GG eine mißbräuchliche Eigentumsbenutzung verboten werde. Ist das richtig, läßt sich Art. 14 Abs. 2 GG ebensowenig wie § 396 AktG ⁷³⁾ mit § 70 a.F. auf dieselbe Stufe stellen, und zwar aus den oben schon geschilderten Gründen. Daneben ist zu beachten, daß Art. 14 Abs. 2 GG eine Generalklausel ist, die in Einzelvorschriften verschiedenartig ausgeformt ist. Deshalb kann auf Art. 14 Abs. 2 GG erst zurückgegriffen werden, wenn keine spezielle und konkrete gesetzliche Regelung zu

70) so freilich die h.M., wie etwa Bonner Kommentar, Art. 14 Anm. 34 ff., Düring ZGStW 109/S. 326 - 350; Huber Bd. 2 S. 13 ff.

71) so u.a. von Mangoldt-Klein Art. 14 Anm. II 5 und insbesondere V, bes. 2 a - c.

72) so ausdrücklich von Mangoldt-Klein wie Anm. 71, wenn sie darauf hinweisen, daß die praktischen Ergebnisse beider Meinungen gleich sind.

73) s.o. § 9 I 1.

finden ist. Das soll im folgenden geprüft werden. Kommt man dabei zu einem positiven Ergebnis, muß Art. 14 Abs. 2 GG als die allgemeinere Vorschrift ausscheiden.

III. Die rechtlichen Mittel der Interessensicherung, insbesondere die Interessenrepräsentation der Belegschaft im Aufsichtsrat

Die Fortgeltung der Leitungsrichtlinien des § 70 a.F. kann sich aber daraus ergeben, daß das Belegschaftswohl durch die Mitbestimmungsgesetze in den Unternehmensorganen eine personelle Institutionalisierung erfahren hat. Dabei stellt sich die Frage, ob eventuell die Fortgeltung der Rechtsgedanken des § 70 a.F. wegen der personellen Institutionalisierung "eine Selbstverständlichkeit" ist, diese deshalb der Grund für jene ist. M.a.W. lautet die Frage, ob sich aus der personellen Institutionalisierung für die AG bzw. den Vorstand die Berechtigung im Sinne der Auslegung des § 70 a.F. ergibt, auch das Belegschaftswohl zu wahren. Diese Erwägung ließe sich dann etwa wie folgt fortführen: Durch die Repräsentation der Interessen der Belegschaft im Organ Aufsichtsrat der Gesellschaft hat der Gesetzgeber beabsichtigt oder wenigstens bewußt in Kauf genommen, daß diese Interessen in der Gesellschaft geltend gemacht werden. Daraus folgt notwendig auch die Durchsetzung dieser Belange in gewissem Umfange gegenüber anderen widerstreitenden Anliegen. Ist diese Interessendurchsetzung aber einerseits gesetzlich erlaubt, ist auch den Vertretern bzw. Repräsentanten widerstreitender Interessen ein Nachgeben gegenüber solchen Forderungen gestattet. Dieses ist die logische Kehrseite von jenem. Auf diesem - grob, also unter Außerachtlassung aller sonstigen Schwierigkeiten ⁷⁴⁾ gezeichneten - Weg ließe sich genau das Ergebnis der Schrifttumsauslegung zu § 70 a.F. erzielen. Darin läge dann gleichzeitig die Rechtfertigung für die Fortgeltung der Rechtsgedanken des § 70 a.F. So bestechend dieses im ersten Moment klingen mag; es ist aus vielerlei Gründen nicht haltbar.

a) Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat sind keine reinen Interessenrepräsentanten für die Belegschaft in der Organisation der Aktiengesellschaft, sondern rechtlich gleichgestellte Aufsichtsrats-

74) insbesondere zu den Grenzen der Rechtsmacht des Aufsichtsrats.

mitglieder, die für das Unternehmenswohl verantwortlich sind ⁷⁵⁾. Das ergibt sich vornehmlich aus § 4 Abs. 3 Satz 1 MbG. Welche Stellung sie positiv im einzelnen haben, ist hier belanglos. Aus dem Vorstehenden läßt sich nämlich schon herleiten, daß man für die Rechtsstellung der Gesellschaft und ihrer Organe gegenüber Aktionären einerseits und der Belegschaft andererseits aus der Existenz der Arbeitnehmervertreter nichts herleiten kann.

b) Die hier erörterte Frage ist ein allgemeines aktienrechtliches Problem, kann also nur für alle Aktiengesellschaften einheitlich beantwortet werden. Die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat der Aktiengesellschaften ist dagegen unterschiedlich geregelt. Im Geltungsbereich des MbG und des MbErgG wählen die Arbeitnehmer, sieht man einmal von dem sogenannten neutralen Mitglied und den weiteren Mitgliedern ab, die Hälfte der Aufsichtsratsmitglieder, im Geltungsbereich des BetrVG dagegen nur ein Drittel der Mitglieder. In einigen Fällen sind in Aufsichtsräte gar keine Arbeitnehmervertreter zu wählen (§§ 76 Abs. 6, 81 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BetrVG). Jedenfalls in den zuletzt genannten Fällen hätte dieses zur Folge, daß in solchen Aktiengesellschaften die Rechtsgrundsätze des § 70 a.F. keine Geltung beanspruchen könnten. Auch in diesen Aktiengesellschaften stellen sich aber die angesprochenen Probleme ebenso. Diese können nur einheitlich für alle Aktiengesellschaften gelöst werden.

c) Schließlich ließe sich auf diesem Wege nur der Teil des § 70 a.F. halten, der das Belegschaftsinteresse betrifft. Die Wahrung des Gemeinwohls und dessen rechtliche Bedeutung wäre so nicht erklärbar. Beide hatte der Gesetzgeber in § 70 a.F. aber nebeneinander gestellt. Deshalb läßt sich letztlich festhalten, daß die Fortgeltung des § 70 a.F. nicht mit der Mitbestimmungsregelung erklärbar ist. Ein solcher Lösungsversuch muß fehlschlagen.

75) statt aller Spieker S. 249 ff.

IV. § 49 Abs. 1 BetrVG als Rechtsgrundlage für die Grundsätze des § 70 AktG a.F.

Die Fortgeltung des Inhalts von § 70 a.F. könnte aber aus § 49 Abs. 1 BetrVG begründet werden. Das ist oben ⁷⁶⁾ noch nicht abgelehnt worden; dort ist nämlich bisher nur der durch die Existenz des gesamten BetrVG ausgeübte Einfluß auf den Inhalt des § 70 a.F. erörtert worden. Von § 49 Abs. 1 BetrVG, der eine Vielzahl von Sachproblemen anspricht und dessen Bedeutung in Rechtsprechung und Schrifttum noch wenig geklärt ist, kommt dabei hier nur folgender Teil in Betracht: "Arbeitgeber und Betriebsrat arbeiten ... zum Wohl des Betriebes und seiner Arbeitnehmer unter Berücksichtigung des Gemeinwohls zusammen". Die Wortfassung dieser Vorschrift stimmt insoweit mit der des § 70 a.F. fast überein. Gleichwohl ergeben sich gegen diesen Lösungsversuch verschiedenartige Bedenken, die es auszüräumen gilt:

1. Während § 70 a.F. die AG und insbesondere den Vorstand als deren Leitungsorgan ansprach, wirkt § 49 Abs. 1 BetrVG auf zwei Seiten ein, nämlich auf Arbeitgeber und Betriebsräte. Beide vertreten verschiedene Interessen ⁷⁷⁾, während der Vorstand auf der Seite der AG steht, § 70 a.F. mithin eine einseitige, sogar nur gesellschaftsinterne Regelung enthielt. Dieser Unterschied beider Bestimmungen hindert jedoch die Verwertung des § 49 Abs. 1 BetrVG im vorliegenden Zusammenhang deswegen nicht, weil diese Vorschrift als Regelung des Außenverhältnisses notwendigerweise auf das Innenverhältnis einwirkt, die Pflicht im Außenverhältnis ein Recht im Innenverhältnis schafft. Ergänzend hierzu kann auf die oben zu II. letztlich verworfene Gedankenlinie verwiesen werden. Die Pflicht des § 49 Abs. 1 BetrVG ist nicht lediglich eine gemeinsame Pflicht beider Partner, sie trifft auch jeden für sich. Die Pflicht der Gesellschaft nach außen wirkt sich notwendigerweise nach innen - und zwar durch die ganze Organisation hindurch - aus. Anderenfalls wäre eine Pflichterfüllung im Außenverhältnis gar nicht möglich ⁷⁸⁾.

76) s.O. § 9 IV.

77) BAG in AP Nr. 1 zu § 23 BetrVG.

78) Diese rechtliche Beeinflussung des Innenverhältnisses durch das Außenverhältnis gibt es auch in anderen Rechtsbereichen; vgl. z.B. Nipperdey in Hueck-Nipperdey Bd. 2, S. 408 (6. Aufl.).

2. Daß in § 49 Abs. 1 BetrVG nicht das Unternehmen oder der Unternehmer, sondern der Arbeitgeber angesprochen wird, ist ebenfalls unerheblich, weil beide Begriffe dieselbe Person, sei es als natürliche oder juristische, ansprechen, nur ihre jeweilige Auftrittsrolle kennzeichnen wollen ⁷⁹⁾.

3. Weit schwererwiegende Bedenken ergeben sich jedoch daraus, daß sich § 49 Abs. 1 BetrVG mit dem betrieblichen Bereich beschäftigt, § 70 a.F. dagegen den Unternehmensbereich betrifft. Das folgt aus der Anknüpfung an die Institution Betriebsrat sowie die zweimalige Verwertung des Begriffs "Betriebes". Dieser Begriff war zwar auch in § 70 a.F. enthalten, jedoch ist dort in Wirklichkeit das Unternehmen gemeint. Diese Begriffe waren zwar schon 1937 längst geklärt ⁸⁰⁾, die Ausweichung auf den Begriff "Betrieb" hatte andere Ursachen: Der Gesetzgeber wollte jede Schützenhilfe für die Vertreter der sehr umstrittenen ⁸¹⁾, heute wohl entzauberten ⁸²⁾ Lehre vom "Unternehmen an sich" vermeiden. An jenen Bedenken, die aus der Anknüpfung an die Betriebsebene herrühren, ändert sich auch nichts dadurch, daß sogar der Gesetzgeber des BetrVG diese Begriffe nicht immer sachgerecht angewendet hat, wie insbesondere § 81 Abs. 1 Satz 1 BetrVG beweist ⁸³⁾ und der Auslegungstreit über den § 88 Abs. 3 und 4 BetrVG zeigt ⁸⁴⁾. Der dreifache Hinweis des § 49 Abs. 1 BetrVG auf die Betriebsebene ist dennoch zu eindeutig. Es wird zwar im Schrifttum vertreten, § 49 Abs. 1 BetrVG wende sich an alle Mitbestimmungsgremien ⁸⁵⁾; diese Ansicht ist aber weder hinreichend klar ausgesprochen noch auch nur mit einem Wort begründet. Schließlich besteht auch kein Bedürfnis dafür, diese Bindung aus § 49 Abs. 1 BetrVG für

79) dazu der Verf. in MbGespr 1966/23 mit weiteren Nachweisen.

80) Diese Begriffe waren nämlich schon damals in vielen Gesetzen enthalten, u.a. im Betriebsrätegesetz vom 4.2.1920 (RGBl. 147 ff.).

81) Dieser Streit war vornehmlich durch viele Mißverständnisse der streitenden Meinungsvertreter entstanden; vgl. Netter in der Festschrift für Albert Pinner zum 75. Geburtstag, Berlin und Leipzig 1932, S. 507 - 612.

82) Würdinger 1. Aufl. S. 8, 9; Mestmäcker S. 21, 34 ff.

83) Dort ist "Betrieb" i.S. von Unternehmen zu verstehen, vgl. BAG in AP Nr. 1 zu § 81 BetrVG und BAG in ArbuR 1966/222 ff.

84) BAG in AP Nr. 1 zu § 88 BetrVG und Galperin-Siebert § 88 Anm. 15 und 15 a.

85) Galperin-Siebert § 49 Anm. 3 arg. "der Betriebsvertretungen".

andere Gremien ⁸⁶⁾ herzuleiten: Für diese folgt jenes nämlich schon aus anderen Gesichtspunkten ⁸⁷⁾).

Ist deshalb § 49 Abs. 1 BetrVG im Sinne seines Wortlauts zu verstehen, bleibt fraglich, ob die Regelung für die Betriebsebene auch für die Unternehmensebene Auswirkungen hat. Das läßt sich nur beantworten, wenn man von den einseitigen Pflichten der beiden Beteiligten des § 49 ausgeht und dabei berücksichtigt, daß die Begriffe "Unternehmen" und "Betrieb" Zweckschöpfungen für verschiedene Ziele sind. Für die Leitung des Unternehmens, um die es bei § 70 a.F. allein ging und die hier deswegen ausschließlich interessiert, läßt sich rechtlich keine Aufteilung vornehmen in Gesamtleitung und Leitung einzelner Betriebe. Beides gehört sachlich zusammen, alle Leitungsmacht im Unternehmen findet ihren rechtlichen Ursprung in der - einen einheitlichen - Unternehmensleitung. Davon zu unterscheiden ist die faktische Organisationsregelung im einzelnen Unternehmen, rechtlich auch die Frage nach dem Bestehen von Mitwirkungsrechten im weiteren Sinne für die Arbeitnehmervertretungen. Die Leitung des Unternehmens stellt also eine rechtliche Einheit dar. Deshalb kann diese Leitung in ihrer Allgemeinheit (im Unterschied zu einzelnen Ausflüssen der Leitungsmacht, also speziellen Anordnungen) für den Unternehmens- und Betriebsbereich nur einheitlich rechtlich gebunden sein oder gar nicht. Dieser Leitungseinheit entspricht die allumfassende Verantwortlichkeit der Unternehmensleitung z.B. des Aktienvorstandes. Aus allen diesen Gründen sind rechtliche Bindungen für die Betriebsleitung gleichzeitig Bindungen für die Unternehmensleitung, die Leitungsrichtlinien gelten deshalb für beide Bereiche. Bestreitet man das, ist die rechtliche Bindung einer irgendwie abzusondernden Betriebsleitung praktisch wertlos; diese kann nämlich niemals gegenüber der Unternehmensleitung einen rechtlich unzerstörbaren, abge-

86) Dieser neutrale Ausdruck wird hier deshalb gebraucht, weil str. ist, ob der Betriebsrat als ein Organ anzusehen ist.

87) Es handelt sich dabei vornehmlich um die Bindung der Mitbestimmungsträger an das Betriebs- oder Unternehmenswohl: der Gesamtbetriebsrat ersetzt die Einzelbetriebsräte in manchen Bereichen, ist dabei aber an die gleichen Pflichten wie diese gebunden; die Jugendvertretung und der Wirtschaftsausschuß sind akzessorische Organe (§§ 35 und 67 Abs. 1 BetrVG). Für Mitglieder der Unternehmensorgane folgt dasselbe aus dem Gesellschaftsrecht (z.B. §§ 93, 116 AktG).

grenzten Entscheidungsbereich haben. Deshalb ist durch § 49 Abs. 1 BetrVG auch die Unternehmensleitung gebunden. Die Begründung dafür ruht - wie gezeigt - auf zwei Grundpfeilern: § 49 Abs. 1 BetrVG bindet beide Partner einseitig, sowohl im Außen- wie im Innenverhältnis. Die Leitungsbindung bezieht sich auf die gesamte Unternehmensleitung. Das Vorstehende hat mit der Mitbestimmungsfrage - deshalb mit der personellen Institutionalisierung von Interessen oder der Interessenrepräsentation - nichts zu tun. Rechtliche Bindung und personelle Institutionalisierung sind zwei verschiedene Erscheinungen, wenn sie auch der Verfolgung gleicher oder doch zumindest ähnlicher Ziele dienen. Beide können sich ergänzen, sich überschneiden, sie können sogar zusammenfallen. Eine personelle Interessenrepräsentation kann auch ohne rechtliche Bindungen für die Handelnden ausgestaltet sein; dann ist die Interessendurchsetzung eine Verhandlungsfrage im tatsächlichen Sinne, sie ist also dem freien Spiel der Kräfte überlassen, mithin letztlich eine Machtfrage. Bei § 49 Abs. 1 BetrVG ist beides - Institutionalisierung⁸⁸⁾ und rechtliche Bindung - miteinander gekoppelt, weil der Gesetzgeber keine Machtkämpfe in den Betrieben wünschte.

4. Schwierigkeiten der Art, wie sie oben für die Beteiligung der Belegschaft bei der Aufsichtsratsbesetzung dargestellt sind, können sich hier auch nicht durch die Existenz von Ausnahmevorschriften ergeben. Zwar enthält auch das BetrVG für § 49 Ausnahmevorschriften: Dazu gehört freilich nicht § 81 Abs. 1, der es für seinen Bereich bei der Geltung des § 49 beläßt. Eine echte Ausnahmebestimmung enthält dagegen § 88 Abs. 1. Der dort ausgeklammerte Bereich ist aber im Personalvertretungsrecht besonders geregelt; dort finden sich in § 55 Abs. 1 BPersVertrG und z.B. § 54 Abs. 1 Satz 1 PersVertrG von NRW mit § 49 Abs. 1 BetrVG übereinstimmende Vorschriften. Gerade das zeigt, daß dem Inhalt des § 49 Abs. 1 vom Gesetzgeber durch vielfache Wiederholung in anderen Gesetzen die Kraft eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes beigelegt worden ist. Auch die in § 88 Abs. 3 BetrVG enthaltene Ausnahme ist unschädlich. Der Gesetzgeber wollte hier nicht etwas besonderes anordnen, wie § 88 Abs. 4 und die Ver-

88) Die personelle Interessenrepräsentation im Betriebsrat ist freilich gegenüber der im AR zu unterscheiden. Der AR steht in der Unternehmensorganisation, der BR steht außerhalb von ihr.

weisung auf ein besonderes Gesetz zeigen; dieses soll nur die Besonderheiten jenes Wirtschaftsbereiches berücksichtigen, nicht aber an den allgemeinen Grundsätzen des Betriebsverfassungsrechts rütteln. Echte Ausnahmen enthält das BetrVG für seinen § 49 lediglich in zwei Punkten: in § 81 Abs. 2 BetrVG und für solche Betriebe bzw. Unternehmen, deren Belegschaftszahl so klein ist, daß in ihnen keine Arbeitnehmervertretungen zu wählen sind (§§ 1, 6 - 8). Zu § 81 Abs. 2 bleibt zu bemerken, daß diese Vorschrift nur einen ganz engen Ausnahmebereich betrifft. Deshalb kann sich an dem aus dem BetrVG und dem Personalvertretungsrecht hergeleiteten allgemeinen Rechtsgrundsatz nichts ändern. § 81 Abs. 2 BetrVG will im übrigen auch lediglich das in Art. 4 GG geschützte Grundrecht sichern⁸⁹⁾. Die Ausnahmeregelung für Kleinbetriebe ist dagegen für Aktiengesellschaften von vornherein bedeutungslos.

5. Ein letztes Bedenken dagegen, daß sich die Fortgeltung der Rechtsgrundsätze des § 70 AktG a.F. aus § 49 Abs. 1 BetrVG ergibt, könnte noch daraus hergeleitet werden, daß die Leitungsrichtlinien des § 49 Abs. 1 auf die Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat bezogen sind. Daraus könnte etwa gefolgert werden: Leitungsrichtlinien beziehen sich hier auf die Zusammenarbeit; eine Zusammenarbeit findet nur insoweit statt, als der Betriebsrat Mitwirkungsrechte hat; im übrigen ist dagegen der Arbeitgeber frei, d.h. nicht an die Leitungsrichtlinien des § 49 Abs. 1 BetrVG gebunden. Demgegenüber ist schon oben in anderem Zusammenhang festgestellt, daß die Leitungsrichtlinien und deren rechtliche Bedeutung mit der Frage der Mitwirkungsrechte i.w.S. der Arbeitnehmervertretungen nichts zu tun haben. § 49 Abs. 1 BetrVG beschränkt die Geltungskraft der Leitungsrichtlinien auch nicht auf Bereiche, in denen nach den §§ 56 ff. BetrVG Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmervertretungen bestehen. Es kommt hinzu, daß sich der Tätigkeitsbereich des Betriebsrats nicht nur auf den in den §§ 56 ff. BetrVG speziell geregelten Rahmen beschränkt, sondern das ganze Unternehmensgeschehen betrifft, wiewohl der Betriebsrat außerhalb der §§ 56 ff. BetrVG keinen besonders gesicherten Rechtsstatus innehat. Das beweist nicht nur § 54 Abs. 1 BetrVG, sondern auch § 67 BetrVG, der an die in § 49 Abs. 1 angeordnete vertrauensvolle Zusammenarbeit anknüpft und diese - wie § 67 Abs. 2

89) Zu den ähnlichen Zwecken des § 81 Abs. 1 BetrVG vgl. BAG in ArbuR 1966/222 ff.

zeigt - auf alle wirtschaftlichen Angelegenheiten des Unternehmens erstreckt wissen will. § 49 Abs. 1 BetrVG läßt sich mithin nicht in dem oben angedeuteten Sinne einschränkend interpretieren. Deshalb bestehen auch insoweit keine Bedenken, aus § 49 Abs. 1 die Fortgeltung der Rechtsgrundsätze des § 70 a.F. zu begründen.

Nachdem festgestellt ist, daß § 49 Abs. 1 BetrVG sich inhaltlich mit dem deckt, was § 70 AktG a.F. freilich allein für das Innenverhältnis aussprach, sind noch einige Gedanken anzufügen, die besonders für die vorstehend geschilderte Ansicht streiten:

Da § 49 BetrVG für alle Arbeitgeber, mithin alle Unternehmer gilt, seine Anwendbarkeit also unabhängig von der Rechtsform ist, in der das Unternehmen betrieben wird, ist bei der vorstehenden Lösung eine einheitliche Behandlung aller Unternehmensarten gewährleistet. Die Aktiengesellschaft erfährt keine Sonderbehandlung. Daß sich bei ihr im Innenverhältnis besondere Probleme gegenüber einzelkaufmännisch und personalgesellschaftsrechtlich betriebenen Unternehmen ergeben, hebt die AG auch nicht aus den anderen Unternehmensformen heraus, da dieselben Fragen auch bei anderen juristischen Personen zu lösen sind. Eine Sonderbehandlung der Aktiengesellschaft ist insoweit deshalb durch nichts zu rechtfertigen.

§ 49 Abs. 1 BetrVG eignet sich für die Lösung der Eingangsfrage am besten, weil er dieselben Probleme wie § 70 AktG a.F. anspricht und beide Bestimmungen deshalb wesensmäßig übereinstimmen: Beide beschäftigen sich mit der rechtlichen Bindung des bei der allgemeinen Unternehmensleitung faktisch bestehenden weiten Handlungsermessens. Dasselbe läßt sich von den Vorschriften, die bisher im Schrifttum zur Lösung der Frage und Begründung der Antwort herangezogen worden sind, nicht sagen. Diese regeln vielmehr Einzelbereiche bindend, zerstören deshalb jedes Handlungsermessen, beseitigen alle Spielräume. Abweichendes kann nur bei Art. 14 Abs. 2 GG gelten. Dieser muß aber als *lex generalis* zurücktreten, weil eine speziellere Regelung für den vorliegenden Sachbereich gefunden ist. Deshalb kann der geschilderten Ansicht Würdingers letztlich auch nicht zugestimmt werden.

Zusammenfassung:

Die Rechtsgrundsätze des § 70 AktG a.F. gelten auch nach dem Inkrafttreten des AktG 1965 weiter. Das ergibt sich letztlich aus § 49 Abs. 1 BetrVG. Im einzelnen bedeutet das:

1. Der Vorstand der AG kann für Maßnahmen zum Wohle des Unternehmens, der Belegschaft und der Öffentlichkeit von der Gesellschaft oder von den Aktionären nicht in Anspruch genommen werden; insoweit ist er also nicht verantwortlich.

2. In welchem Umfange der Vorstand zu solchen Maßnahmen berechtigt ist, entscheiden im Streitfalle die ordentlichen Gerichte nach Maßgabe der Verkehrsanschauung. Von ihrer Ermittlung hängt es auch ab, wie die eingangs zusammengestellten Beispielfälle zu entscheiden sind.

3. Die die Belegschaft und das Gemeinwohl repräsentierenden Institutionen haben keinen gerichtlich durchsetzbaren Rechtsanspruch gegen den Vorstand der AG oder die AG selbst auf solche Maßnahmen. Die Belegschaft ⁹⁰⁾, repräsentiert durch den Betriebsrat, kann lediglich in den Fällen der §§ 56 ff. BetrVG ⁹¹⁾ eine Einigungs- oder Vermittlungsstelle u.ä. anrufen und in solchen Verfahren eine Verpflichtung des Vorstandes erzeugen.

Ist damit die entscheidende Frage im Grundsatz beantwortet, bleiben im nächsten Kapitel doch noch einige Bemerkungen zu Einzelfragen anzufügen:

90) Daß das Gemeinwohl und sich daraus ergebende einzelne Folgerungen nicht in ähnlicher Weise durchsetzen lassen, kann den Ergebnissen nicht entgegengehalten werden. Diese aus § 70 AktG a.F. nicht zu rechtfertigende unterschiedliche Behandlung von Belegschafts- und Gemeinwohlinteressen ergibt sich aus anderen Grundsätzen, nämlich aus der besonderen Institutionalisierung der Belegschaftsinteressen und den Rechten dieser Institutionen.

91) Aber auch nur in diesem Umfange; im übrigen ist § 49 Abs. 1 BetrVG mit den Worten Westermanns "nicht mehr als ein rechtlich unverbindlicher Appell". Letzteres gilt freilich ausschließlich für die hier interessierende Fragenrichtung bei § 49 BetrVG. Diese Vorschrift hat daneben noch Wirkungen in viele andere Richtungen, die hier nicht untersucht werden.

§ 11 Folgerungen aus der Fortgeltung der Grundsätze des § 70 AktG
a.F.

I. Zulässigkeit der rechtlichen Unterschiede im Innen- und Außenverhältnis

Die gefundenen Ergebnisse für die rechtliche Bindung und Freiheit der Vorstände von Aktiengesellschaften sind für das Innen- und das Außenverhältnis unterschiedlich. Das hat zur Folge, daß für das Innenverhältnis die Gerichte zuständig sind, für das Außenverhältnis nicht. Man könnte versucht sein, einmal darin einen Widerspruch zu finden, zum anderen die gerichtliche Nachprüfbarkeit zu bezweifeln, weil diese für das Außenverhältnis verneint ist.

Ein Widerspruch besteht aber sicher insoweit nicht, als die Stärke der rechtlichen Vorschriften nach innen und nach außen verschieden sein kann. Das wird daraus erklärlich, daß in beide Richtungen Rechtsbeziehungen zwischen unterschiedlichen Rechtssubjekten bestehen, die unterschiedlich geregelt werden können.

In dem zweiten erwähnten Punkte ist dagegen die Gefahr von Mißverständnissen weit größer, muß man doch bedenken, daß im Innen- und Außenverhältnis derselbe Sachzusammenhang, der Interessenwiderstreit zwischen AG und Aktionären einerseits und Belegschaft sowie Öffentlichkeit andererseits zu beurteilen ist. Wie soll dieses im Innenverhältnis gerichtlich überprüfbar sein, wenn der Gesetzgeber diese Entscheidung für das Außenverhältnis der Zuständigkeit der Gerichte entzogen hat?

Diese Zweifel können nur dann durchschlagend sein, wenn der Gesetzgeber die verschiedenen Zuständigkeiten nicht aus anderen sachlichen Gründen geschaffen hat. Hatte er solche Gründe dafür, im Bereich des Betriebsverfassungsrechts die Einschaltung anderer Stellen als die der Gerichte festzulegen, können sich daraus keine Widersprüche ergeben. Dabei ist zunächst zu bedenken, daß der Gesetzgeber durch die Schaffung von Einigungs- bzw. Vermittlungsstellen nicht zum Ausdruck gebracht hat, daß die Materien nicht justitiabel sind. Vielmehr kann das auch darauf beruhen, daß der Gesetzgeber diese Gremien für bes-

ser geeignet angesehen hat. Das liegt deshalb besonders nahe, weil der im BetrVG geregelte Lebensbereich durch andere historische Erfahrungen belastet war als das Innenverhältnis in Aktiengesellschaften!

II. Der Geltungsbereich der Grundsätze des § 70 AktG a.F.

Oben ⁹²⁾ ist die Frage geprüft worden, ob die Grundsätze des § 70 a.F. in allen Bereichen, die vom Aktiengesetz geregelt werden, anwendbar sind. Das ist bejaht worden. Gleichwohl gibt es Geltungsgrenzen für den § 70 a.F. Diese ergeben sich nur nicht aus dem AktG, sondern aus anderen Gesetzen. Die Grundsätze können nämlich nur für solche Fallgestaltungen gelten, in denen der Vorstand kraft seiner selbständigen Stellung bei seinen Entscheidungen einen Spielraum hat. Ist dieser durch konkrete gesetzliche Befehle genommen, kann § 70 a.F. nicht anwendbar sein. Diese Art gesetzlicher Bindungen kommt i.d.R. aus dem Außenverhältnis. So ist z.B. der Vorstand als Organ der AG nach dem MuSchG zu bestimmten Leistungen verpflichtet. Insofern kann im Innenverhältnis nicht mehr die Frage gestellt werden, ob Maßnahmen zum Wohle der Arbeitnehmer berechtigt waren. Sie sind es kraft besonderer gesetzlicher Regelungen. Dasselbe gilt für das Gemeinwohl fördernde Einzelgesetze. Diese Schranken der Geltungskraft des § 70 a.F. sind im übrigen schon früher dargelegt worden. Auch hier wird wiederum der Grundsatz bewiesen, daß die Verantwortlichkeit, um deren Ausformung für den Vorstand es bei § 70 a.F. ging, notwendigerweise eine Handlungsfreiheit voraussetzt. Fehlt diese wegen besonderer gesetzlicher Befehle, so kann auch keine Verantwortlichkeit entstehen.

III. Die praktische Rechtsanwendung

Fast 30 Jahre lang hat § 70 AktG a.F. gegolten, ohne daß er große praktische Bedeutung erlangt hat. Höchststrichterliche Rechtsprechung ist zu dieser Vorschrift nicht ergangen. Die Ursachen dafür sind im Vorstehenden oft genug angesprochen worden. Es erscheint darüber

92) § 9 IV 3.

hinaus möglich, daß die Praxis gar kein Interesse an dieser Vorschrift hatte, weil die über § 70 a.F. zu verwirklichenden Ziele auf anderen, einfacheren Wegen erreichbar waren. Beide Umstände dürften in gleichem Maße kausal für die fehlende Erfahrung mit diesen Rechtsgrundsätzen sein, obwohl es naheliegt, daß der eine den anderen bedingt. Dabei kann und soll hier nicht untersucht werden, welcher von beiden die primäre Ursache ist; eine solche Arbeit hätte historischen und soziologischen Charakter. Ob in Zukunft Änderungen eintreten, erscheint zweifelhaft. Die Schwierigkeit der Rechtskonstruktion für diese Art der Interessenabwägung kann daran hindern. Zudem muß sich herausstellen, inwieweit eine Verkehrsanschauung hinreichend klar feststellbar ist. Dazu müssen Vorstöße aus anderen Fakultäten kommen⁹³⁾. Erst dann sind Hoffnungen berechtigt, daß diese Rechtsgrundsätze in Zukunft mehr in das Bewußtsein der Adressaten eindringen und echte rechtliche Bedeutung gewinnen⁹⁴⁾.

93) vgl. die Ansätze in dem in Anm. 55 a.E. zitierten Beitrag.

94) noch geringere Hoffnungen hat Wiethölter S. 10, der freilich nur quantitative Betrachtungen angestellt hatte.

5. Teil :

Handlungsmacht, Verantwortlichkeit und Haftung des Vorstandes in verbundenen Unternehmen

§ 12 Einführung

Das AktG 1965 hat das sog. Konzernrecht erstmals gründlich geregelt. Da das AktG 1937 nur einige wenige Bestimmungen über Unternehmensverbindungen enthielt, hat der Gesetzgeber hier gesetzgeberisches Neuland betreten. Schon deshalb erscheint eine gründliche Darstellung dieses Teils des Reformwerks von 1965 geboten, soweit dadurch die Haftung des Vorstandes berührt wird. Aus demselben Grunde soll das Recht der Verantwortlichkeit des Vorstandes in verbundenen Unternehmen systematisch, also nicht nur - wie die bisherigen Teile dieser Arbeit - spezifisch unter Schutzrichtungsgesichtspunkten, dargestellt werden.

Das AktG 1965 regelt an vier Stellen Einzelheiten über die Haftung des Vorstandes bei Unternehmensverbindungen, nämlich in den §§ 309, 310 bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages (sog. Vertragskonzern), in den §§ 317, 318 für das Verhältnis zwischen herrschenden und abhängigen Unternehmen, zwischen denen kein Beherrschungsvertrag besteht (vornehmlich die sog. faktischen Konzerne)¹⁾, in den §§ 322, 323 bei eingegliederten Gesellschaften und allgemein in § 117, worauf insbesondere Abs. 7 dieser Bestimmung und ihre historische Entstehung²⁾ hindeuten.

Diese Zusammenstellung zeigt, daß das AktG 1965 nicht für alle Arten von Unternehmensverbindungsformen besondere Haftungsregelungen aufgestellt hat, insbesondere nicht - das mag zunächst verwunderlich erscheinen - für Konzerne i.e.S. oder im Sinne des Aktiengesetzes als solche. Soweit solche Sonderregelungen fehlen, bleibt es bei der Geltung der allgemeinen Bestimmungen, also z.B. dem § 93.

1) vgl. BH vor § 308 Anm. 16 und zum Begriff "faktischer Konzern" Geßler DB 1965/1692.

2) vgl. dazu Würdinger (1. Aufl.) S. 168 - 172.

Um den Wirkungsbereich dieser Haftungssonderregelungen schnell und klar zu erkennen, ist eine Besinnung auf die Systematik der gesetzlichen Regelungen des Rechts der verbundenen Unternehmen notwendig. Das Gesetz kennt folgende Unternehmensverbindungsformen (§§ 15 ff. AktG 1965):

- 1) In Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen (§ 16),
- 2) abhängige und herrschende Unternehmen (§ 17),
- 3) Konzerne und Konzernunternehmen (§ 19),
- 4) wechselseitig beteiligte Unternehmen (§ 19),
- 5) Vertragsteile eines Unternehmensvertrages im Sinne der §§ 291, 292,
- 6) sog. eingegliederte Gesellschaften (§§ 319 ff.).

Diese Begriffe haben zunächst keine weitere Bedeutung als die Schilderung oder Festlegung eines Tatbestandes, an den der Gesetzgeber an anderen Orten des Gesetzes Rechtsfolgen knüpft; die diese Begriffe umschreibenden Bestimmungen sind nichts weiter als definierende Rechtssätze oder Definitionsnormen ³⁾. Dabei ist zu berücksichtigen, daß sich die Begriffe zum Teil überschneiden, wie z.B. kraft der Fiktion des § 18 Abs. 1 Konzern und Beherrschungsvertrag sowie Konzern und eingegliederte Gesellschaft. Liegen solche Fälle von Überschneidungen vor, gelten z.B. die Rechtsfolgen für Konzerne und die Vertragsteile eines Beherrschungsvertrages kumulativ nebeneinander.

Für die Haftungssonderregelungen bedeutet das: für die oben zu 4) genannten Unternehmensverbindungsform gibt es keine besondere Haftungsregelung, ebensowenig für Unternehmensverträge ⁴⁾ mit Ausnahme des Beherrschungsvertrages. Für die zu 2) und - wegen § 17 Abs. 2 -

3) Enneccerus-Nipperdey, 1. Halbband § 30 II 1 a.

4) Die Partner dieser Unternehmensvertragsarten können aber gleichzeitig unter die §§ 17 u. 18 AktG 1965 fallen (vgl. Geßler DB 1965/1691 ff., 1693 r.Sp.); für diesen Fall greifen die Sonderregeln der §§ 311 ff. AktG ein.

häufig auch für die zu 1) genannten Formen gibt es Sonderregeln in den §§ 311 ff.; für Konzerne als solche gelten keine Spezialvorschriften, ausnahmsweise - in der Praxis dürfte das entgegen der Definitionssystematik der §§ 15 ff. jedoch die Regel sein - aber doch, wenn sie gleichzeitig unter andere Begriffe oder Tatbestände (Beherrschungsvertrag, eingegliederte Gesellschaft, abhängige Unternehmen gem. § 18 Abs. 1 Satz 3, womit die weitere Vermutungsvorschrift des § 17 Abs. 2 einbezogen wird) fallen. Schließlich bleibt immer noch die allgemeine Auffangvorschrift des § 117 AktG zu beachten.

Abschließend ist noch hervorzuheben, daß das AktG 1937 derartige Sonderregeln für die Haftung des Vorstandes bei Unternehmensverbindungen - einmal abgesehen von dem im wesentlichen § 117 AktG 1965 entsprechenden ⁵⁾ § 101 AktG 1937 - nicht kannte ⁶⁾. Das AktG 1937 befaßte sich - jedenfalls ausdrücklich - auch nur mit zwei Unternehmensverbindungsformen, nämlich dem Konzern und herrschenden bzw. abhängigen Unternehmen (vgl. § 15 AktG 1937) ⁷⁾; daneben enthielt nur § 256 AktG 1937 für schuldrechtliche Verbindungsverträge einige Sonderregelungen.

§ 13 Die Haftung des Vorstandes bei Bestehen von Beherrschungsverträgen und bei eingegliederten Gesellschaften

I. Die Systematik der Haftungsregelung

Besteht ein Beherrschungsvertrag, der in der Praxis am häufigsten in der Form eines Organschaftsvertrages vorkommt ⁸⁾, bestimmt sich die

- 5) Zu den Unterschieden zwischen beiden Bestimmungen vgl. Begründung des Referentenentwurfs zu § 110; Begründung des Referentenentwurfs zu § 113; Kropff, Aktiengesetz, zu § 117 S. 162 - 164.
- 6) Zum Rechtszustand während der Geltungsdauer des AktG 1937 vgl. u.a. Kropff, Aktiengesetz, zu § 311 S. 407 ff. und BB 1965/1282. - Die Bestimmungen des AktG 1937 zum Konzernrecht sind zusammengestellt in DJT 1955 I S. 50 und bei Geßler DB 1965/1691 - vgl. auch dort Fußnote 1.
- 7) vgl. z.B. Rasch S. 139; Wilhelmi AG 1965/307 r.Sp.; Möhring NJW 1967/6 r.Sp.
- 8) z.Z. der Geltung des AktG 1937 war strittig, ob die Verträge gültig oder nichtig waren. Das AktG und EGAktG 1965 haben die Frage offengelassen und der Rechtsprechung überlassen! Vgl. im einzelnen BH Art. 22 EGAktG Anm. 2, Geßler DB 1965/1694, 1695; Mutze AG 1967/215 - 217 - alle mit weiteren Nachweisen.

Haftung nach den §§ 309 und 310. § 309 regelt die Haftung des Vorstandes des herrschenden Unternehmens ⁹⁾, § 310 die des Vorstandes des abhängigen Unternehmens. Beide Bestimmungen sind im Zusammenhang mit § 308 zu sehen; das ergibt sich für § 309 eindeutig aus dem Wortlaut des Abs. 1 ("bei der Erteilung von Weisungen"), für § 310 aus dessen Abs. 3. Daraus erhellt weiterhin, daß die allgemeinen Haftungsbestimmungen des § 93 neben diesen Sonderregeln weitergelten, zumal die Sonderregeln nur einen Teilbereich der Haftungsproblematik regeln; nur für diesen Teilbereich verdrängen die Sondervorschriften die allgemeinen Regeln. § 309 etwa regelt nur die Haftung des Vorstandes des herrschenden Unternehmens gegenüber der abhängigen Gesellschaft; für die Haftung innerhalb des herrschenden Unternehmens bleibt es bei § 93 AktG ¹⁰⁾.

II. Die Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens

Die Haftungsregelung ist nur verständlich, wenn man zuvor Klarheit über die Befugnisse der Vorstände der herrschenden Unternehmen gegenüber den abhängigen Unternehmen und deren Vorständen gewonnen hat. Diese Frage ist die nach der Leitungsmacht, die aus § 308 AktG heraus zu beantworten ist.

1. Beherrschungsvertrag

§ 308 verlangt zunächst wie § 309 das Bestehen eines wirksamen Beherrschungsvertrages. Ein Beherrschungsvertrag ist nach der Legaldefinition des § 291 Abs. 1 Satz 1 1. Halbsatz ein Vertrag, durch den eine AG oder eine KGa.A. die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen unterstellt. Ein Gewinnabführungsvertrag im Sinne von § 291 Abs. 1 Satz 1 2. Halbsatz oder andere Unternehmensverträge im Sinne von § 292 AktG begründen dagegen die Anwendbarkeit

9) Das herrschende Unternehmen braucht keine AG oder KGa.A. zu sein; selbst ein Einzelkaufmann kann herrschendes Unternehmen sein. Hier interessieren die Probleme des § 309 AktG nur insoweit, als sie die Haftung des Vorstandes der AG oder KGa.A. beeinflussen können.- Dagegen ist bei § 310 AktG immer nur der Vorstand einer abhängigen AG oder KGa.A. angesprochen.

10) GW § 309 Anm. 2.

der §§ 308 ff. AktG nicht ¹¹⁾. Deshalb kann häufig die Abgrenzung zwischen diesen Unternehmensverbindungs-Vertragsarten problematisch werden. Dieses bereitet oft, wie Geßler ¹²⁾ im einzelnen dargelegt hat, nicht unerhebliche Schwierigkeiten, insbesondere zwischen Beherrschungsverträgen einerseits und Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverträgen andererseits, die leicht zu einer Rechtsunsicherheit führen können. Geßler ¹³⁾ hat vorgeschlagen, die Abgrenzung nach dem Inhalt der Handelsregistereintragung vorzunehmen; eine Inhaltsprüfung der Verträge mit dem Ziel, dadurch die Unternehmensvertragsart zu bestimmen, lehnt Geßler ab. Zur Begründung beruft sich Geßler darauf, daß nach § 294 Abs. 1 auch die "Art" des Unternehmensvertrages zum Handelsregister anzumelden und in ihm einzutragen ist. Dadurch allein werde eine hinreichende Rechtssicherheit gewährleistet. Außerdem vermeide nur diese Auslegung den Rechtsnachteil des Ausschlusses von Abfindungsrechten gemäß § 305 Abs. 5 Satz 2 - 4 in Verbindung mit § 304 Abs. 4 und 5. Geßler bemerkt abschließend, nur ein als Beherrschungsvertrag eingetragener Vertrag gewähre die Leitungsmacht des § 308 AktG 1965; in Verträgen anderer Art könnten keine entsprechenden Weisungsrechte verabredet werden, vielmehr seien entsprechende Verabredungen nichtig. Insoweit enthalte das AktG 1965 für Unternehmensverträge einen Typenzwang. Dem haben sich Würdinger ¹⁴⁾ und Möhring ¹⁵⁾ mit dem Zusatz angeschlossen, daß § 308 AktG nur eingreife, wenn ein Unternehmensvertrag auch als "Beherrschungsvertrag" von der Hauptversammlung genehmigt und als solcher auch im Handelsregister eingetragen sei. Würdinger weist ergänzend darauf hin, daß diese Auffassung zugleich den Beteiligten jede Umgehungsmöglichkeit nehme, weil ohne diese formalen Erfordernisse niemals eine Leitungsmacht gemäß § 308 begründet werden könne. Dieser bisher allgemein vertretenen Ansicht ist neuerdings Mestmäcker ¹⁶⁾ entgegengetreten, der nach dem wirklichen Inhalt des Vertrages die Regeln über den Beherrschungsvertrag anwenden will oder nicht. Die An-

11) vgl. BH vor § 308 Anm. 1 a; GW vor § 308 Anm. 1 und 3 - insbesondere für Gewinnabführungsverträge -; Wilhelmi AG 1965/307 1. Sp.

12) DB 1965/1691 ff., 1693, 1694.

13) a.a.O., wie Anm. 12.

14) a.a.O. S. 286, 287 (§ 57 II 1 c u. d): er nennt Geßlers Vorschlag eine pragmatische Lösung.

15) NJW 1967/6 1. Sp. zu 5 und Fußnote 52.

16) in: Das Unternehmen in der Rechtsordnung. Festgabe für Heinrich Kronstein, Zur Systematik des Rechts der verbundenen Unternehmen im neuen Aktienrecht, S. 129 - 150 (148 - 150).

sicht Geßlers sprengt die systematische Einheit des Rechts der verbundenen Unternehmen und widerspreche dem Zweck des Aktiengesetzes; sie beschwöre nicht geringe Gefahren der Gesetzesumgehung herauf; sie verstoße weiter gegen allgemeine Regeln der Gesetzesauslegung, allgemein anerkannte Auslegungsmethoden, nach denen das Verständnis der Normen durch die Normunterworfenen nicht ihre Geltung bestimmen könne. - Für die herrschende Meinung sprechen jedoch die besseren Gründe. Daß sie stark am Formalen haftet, ist angesichts des strengen Formalien vorschreibenden § 294 Abs. 1 AktG 1965 nicht nur unschädlich, sondern geradezu erforderlich. Die herrschende Meinung eröffnet den Beteiligten von Unternehmensverträgen keine Chancen zur Gesetzesumgehung: wählen sie einen loseren, weniger strengen Unternehmensvertrag, hat das führende Unternehmen über das oder die anderen Unternehmen auch weniger Befugnisse. Maßt sich ein Unternehmen ihm nicht zustehende Befugnisse an, kann das betroffene Unternehmen sich erfolgreich wehren. Sind die Vertragsschließenden der Ansicht, nur eine enge Unternehmenszusammenfassung werde das Erreichen ihrer Ziele garantieren, werden sie deswegen einen strengen Unternehmensvertrag vereinbaren und die für seine Geltung erforderlichen Formalien erfüllen. Die von Mestmäcker¹⁷⁾ gegen die herrschende Meinung vorgebrachten Bedenken greifen daher nicht durch.

2. Weisungsrecht

Bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages ist das herrschende Unternehmen berechtigt, Weisungen an das abhängige Unternehmen zu erteilen¹⁸⁾. Hierzu erscheinen folgende Erläuterungen geboten:

a) Weisungsberechtigt sind die gesetzlichen Vertreter des herrschen-

-
- 17) Unklar und ohne Begründung BH § 291 Anm. 5, der einerseits auf den Gesamtinhalt des Vertrages abstellt, was dafür spricht, ihn als Anhänger der Ansicht Mestmäckers anzusehen. Andererseits beruft sich Hueck ausdrücklich auf Geßler und Würdinger, beide a.a.O.
- 18) § 308 Abs. 1 enthält aber noch keine "haftungsrechtlichen Konsequenzen", wie Mestmäcker a.a.O. S. 134 meint. Diese zieht vielmehr erst § 309 aus der Regelung des § 308.

den Unternehmens oder dessen Inhaber, wenn das Unternehmen von einem Einzelkaufmann betrieben wird ¹⁹⁾. Diese handeln für das herrschende Unternehmen, sie sind in der Regel für dieses Vorgehen auch initiativ. Deshalb ist der Wechsel in der Terminologie des Gesetzes - in § 308 Abs. 1 und 2 wird jeweils vom herrschenden Unternehmen gesprochen, in § 309 Abs. 1 von den gesetzlichen Vertretern des herrschenden Unternehmens - für die Weisungsberechtigung sachlich unerheblich. In § 309 wird lediglich klargestellt, daß nicht das herrschende Unternehmen als solches haftet, sondern die gesetzlichen Vertreter als natürliche Personen. Ob nach allgemeinen Vorschriften, etwa nach § 31 BGB, oder nach dem Unternehmensvertrag auch das Unternehmen haftet, braucht hier nicht untersucht zu werden ²⁰⁾. Soviel zum Subjekt der Weisungsberechtigten.

b) Adressat der Weisungen ist der Vorstand der abhängigen AG oder KGa.A., nicht also diese Gesellschaften als solche oder deren Aufsichtsrat ²¹⁾ oder gar deren Hauptversammlung oder deren Angestellte ²²⁾. Das ergibt sich aus § 308; der Wechsel in der Terminologie in § 309 Abs. 1 ("gegenüber der Gesellschaft") hat auch hier keine sachliche Bedeutung, er dient nur der Feststellung des Haftungsgläubigers.

Die Mithaftung des Aufsichtsrats gemäß § 310 steht dem nicht entgegen; sie beruht nicht auf dem Weisungsempfang, sondern auf einem Mangel an interner Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats der abhängigen Untergesellschaft. Daraus folgt einmal, daß der Vorstand des herrschenden Unternehmens die Leitung der Untergesellschaft nicht selbst

19) Vgl. BH § 308 Anm. 1 (u.U. kann man danach zwischen Rechtsinhaber und Rechtsausübungsberechtigten unterscheiden, was freilich keine praktischen rechtlichen Konsequenzen hat).

20) Vgl. dazu bejahend Baumbach-Hueck § 309 Anm. 1 mit weiteren Nachweisen; GW § 309 Anm. 2. Das Verhältnis dieser beiden Haftungsarten, also von Unternehmen und Vorstand, ist nicht geregelt. Nach allgemeinen Grundsätzen haftet der Vorstand gem. § 93 intern allein; es fehlt hier nämlich auch eine Sonderregelung, wie sie z.B. § 310 enthält.

21) Deshalb keine Weisung bezüglich Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder der abhängigen Gesellschaft - vgl. BH § 308 Anm. 8; vgl. dazu auch GW § 308 Anm. 3 mit Hinweisen auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift; Würdinger S. 289.

22) Vgl. BH § 308 Anm. 1; GW § 308 Anm. 2; Mutze AG 1967/254; Straßberger S. 18.

übernehmen kann bzw. darf, sondern den Vorstand der Untergesellschaft einschalten muß ²³⁾.

c) Das bedeutet aber auch zum anderen, daß die Weisungsbefugnis gegenständlich eingeschränkt ist. Ist nur der Vorstand der abhängigen Gesellschaft Adressat, können nur solche Weisungen erteilt werden, die den Zuständigkeitsbereich des Vorstandes betreffen ²⁴⁾. Das wird noch verdeutlicht durch den Zusatz "hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft". Angelegenheiten, die in die Zuständigkeit oder Mitzuständigkeit der Hauptversammlung fallen, können mithin nicht Gegenstand von Weisungen sein ²⁵⁾. Dieses Ergebnis ²⁶⁾ wird weiter durch einen Gegenschluß aus § 308 Abs. 3 AktG belegt. Diese Schranke für das Weisungsrecht geht erheblich über die des § 299 AktG hinaus. Im übrigen läßt sich an der Existenz des § 299 im Wege des Gegenschlusses nichts gegen das oben vertretene Auslegungsergebnis herleiten; § 299 steht in einem ganz anderen Regelungszusammenhang.

d) § 308 eröffnet nur das Recht zur Erteilung von Weisungen. Ob und insbesondere in welchem Umfang Weisungen erteilt werden, richtet sich nach den Bedürfnissen und der Geschäftspolitik des herrschenden Unternehmens, kann also von Fall zu Fall verschieden sein.

Werden keine Weisungen erteilt, ist der Vorstand der abhängigen Gesellschaft zur eigenverantwortlichen Leitung berechtigt, sogar gemäß

23) Vgl. BH § 308 Anm. 4, GW § 308 Anm. 1 und 2; Würdinger S. 289 oben; mißverständlich Mestmäcker a.a.O. S. 135 2. Absatz 1. Satz. Deshalb muß das herrschende Unternehmen für den Fall, daß der Vorstand der abhängigen Gesellschaft eine Weisung nicht befolgt, auf Erfüllung klagen.

24) Vgl. BH § 308 Anm. 2; mit anderen Worten ebenso GW § 308 Anm. 2; eingehender dazu Würdinger S. 289, 290.

25) Vgl. über BH § 308 Anm. 2; Weisungen können erteilt werden, sobald die Zustimmung der Hauptversammlung vorliegt, aber auch vorher, dann freilich unter dem Vorbehalt deren Zustimmung. Dem kann gefolgt werden, weil dadurch die Autonomie der Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft nicht beschränkt wird.

26) Über weitere Konsequenzen dieser Beschränkung vgl. Straßberger S. 12.

§ 93 i.V. mit § 76 Abs. 1 verpflichtet ²⁷⁾. Tatsächlich erteilte Weisungen hat der Vorstand der abhängigen Gesellschaft, soweit ein Weisungsrecht besteht ²⁸⁾, zu befolgen. Dem Weisungs- und Leitungsrecht der Obergesellschaft entspricht - freilich decken sich, wie noch zu zeigen sein wird, beide Bereiche nicht völlig - eine Folgepflicht des Vorstandes der Untergesellschaft. Dazu bleibt noch folgendes zu ergänzen:

aa) Neben den oben (zu c)) dargelegten gegenständlichen ²⁹⁾ Grenzen des Weisungsrechts müssen auch noch unter Umständen bestehende qualitative Schranken beachtet werden.

Grundsätzlich dürfen gemäß § 308 Abs. 1 Satz 2 auch Weisungen erteilt werden, die für die abhängige Gesellschaft nachteilig sind. Voraussetzung für dieses Recht ist jedoch auf der anderen Seite, daß die für die abhängige Gesellschaft nachteilige Weisung den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm und der abhängigen Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen dient ³⁰⁾. An das Wort "konzernverbunden" ist von Mestmäcker ³¹⁾ die Frage geknüpft worden, ob auch in dieser Beziehung ein Beherrschungsvertrag vorliegen müsse. Mestmäcker bejaht die Frage. Der Begriff "konzernverbunden" ist jedoch weiter als eine Verbundenheit durch Beherrschungsverträge;

-
- 27) Ebenso BH § 308 Anm. 7; GW § 308 Anm. 1, der plastisch von einer "Spaltung" der Leitungsmacht spricht; so schon Wilhelmi AG 1965/307 r.Sp. Deshalb kann nur von Fall zu Fall entschieden werden, ob der Vorstand der abhängigen Gesellschaft nach § 93 oder nach § 310 haftet. Die Unterscheidung kann wegen der Divergenzen bei den Haftungsmodalitäten beider Bestimmungen sehr bedeutsam sein. § 310 weicht von § 93 in folgenden vier Punkten ab:
1. § 310 kennt keine Haftungsbefreiung gegenüber der Gesellschaft wegen eines gesetzmäßigen Hauptversammlungsbeschlusses.
 2. § 310 stellt an einen Beschluß für Verzichte und Vergleiche besondere Anforderungen.
 3. Den Anspruch aus § 310 können auch die Aktionäre geltendmachen.
 4. Das Recht der Gesellschaftsgläubiger zur Verfolgung der Ansprüche aus § 310 ist niemals durch eine gröbliche Sorgfaltsverletzung bedingt.
- 28) Vgl. dazu oben zu c).
- 29) Vgl. auch die personellen Schranken bei b), die Weisungen gegenüber bestimmten Rechtssubjekten zulassen.
- 30) Im folgenden jeweils zum Zwecke der Textabkürzung unter dem Begriff "Konzernbelange" zusammengefaßt.
- 31) a.a.O. S. 134, 135.

das ergibt sich aus § 18 Abs. 1 Satz 2. Angesichts der klaren Terminologie kann Mestmäcker nicht gefolgt werden. Es genügt für § 308 Abs. 1 Satz 2 vielmehr jede Art von Konzernverbindung im Sinne von § 18; andererseits muß dieser Konzernbegriff zugrunde gelegt werden und nicht der allgemeine, von der Wissenschaft und der Praxis zur Kennzeichnung des gesamten Rechts der verbundenen Unternehmen gebrauchte Begriff "Konzernrecht", weil das AktG 1965 diesen engen Begriff ständig verwertet. - Müssen die der Untergesellschaft nachteiligen Weisungen den Konzernbelangen dienen, reichen Bevorzugungen von Großaktionären, Hausbanken, Großabnehmern u.ä. nicht aus ³²⁾.

Ausnahmsweise sind nachteilige Weisungen ³³⁾ unzulässig, wenn bzw. soweit der Beherrschungsvertrag etwas anderes bestimmt (§ 308 Abs. 1 Satz 2) ³⁴⁾. Eine weitergehende Bedeutung kann diesem Teil der Bestimmung nicht beigemessen werden ³⁵⁾; nach dem Wortlaut könnte man zwar zu der Annahme geneigt sein, der Beherrschungsvertrag könne auch nachteilige Weisungen zulassen, die nicht zugleich den Konzernbelangen dienen. Indessen ist nichts ersichtlich, was den Gesetzgeber zu weiteren als konzerndienlichen Beschränkungen hätte veranlassen können.

bb) Die Folgepflicht des § 308 Abs. 2 Satz 1 geht nicht soweit, wie man beim Lesen des Abs. 2 zunächst vermuten könnte. Neben den Grenzen des Satzes 2 von Abs. 1 des § 308 sind auch noch die oben zu c) erwähnten gegenständlichen Grenzen der Weisungsbefugnis des herrschenden Unternehmens zu berücksichtigen; außerdem hat der Vorstand der Untergesellschaft besondere Bestimmungen des Beherrschungsvertrages

32) Mestmäcker, a.a.O., S. 136, Rasch, S. 140.

33) Die Sonderregelung für nachteilige Weisungen hat historische Gründe. Die Zulässigkeit eines allgemeinen Weisungsrechts war nämlich im Geltungsbereich des AktG 1937 bestritten; vgl. dazu Kropff, Aktiengesetz, zu § 22 EG AktG S. 535.

34) Beispiele für eine derartige Vertragsgestaltung bei BH § 308 Anm. 3; Würdinger S. 288 unten.

35) ebenso BH § 308 Anm. 3 a.E.; GW § 308 Anm. 2, 2. Absatz, der mit Recht darauf hinweist, daß im übrigen aber Freiheit der Vertragsgestaltung besteht; Möhring NJW 1967/7 1.Sp. oben; Mutze AG 1967/254 f.; Straßberger S. 16.

daraufhin zu prüfen, ob sie ihm eine Gegenvorstellung gestatten ³⁶⁾. - Satz 2 schafft eine Sonderregelung für der Untergesellschaft nachteilige Weisungen. Ob diese Weisungen den Konzernbelangen dienen, soll allein der Vorstand des herrschenden Unternehmens entscheiden. In diese Beurteilung soll sich der Vorstand der Untergesellschaft nur beschränkt einmischen können; nicht nur die subjektive Bewertung der Untergesellschaft wird ausgeschlossen, sondern auch die objektive, es sei denn, daß diese offensichtlich richtig ist. Offensichtlich-
keit liegt dann vor, wenn für jeden Sachverständigen in dieser Hinsicht keine Zweifel bestehen ³⁷⁾. Der Vorstand der Untergesellschaft hat dann keine Folgepflicht, wenn die Weisung offensichtlich den Belangen anderer dient oder offensichtlich nicht den Belangen des herrschenden Unternehmens dient. Das Vorstehende offenbart, daß die Folgepflicht des Abs. 2 weitergehen kann als das Weisungsrecht des Abs. 1. Dient eine Weisung des herrschenden Unternehmens, die der abhängigen Gesellschaft nachteilig ist, nicht den Belangen des Konzerns, ist das aber nicht offensichtlich, so muß das herrschende Unternehmen folgen, obwohl das herrschende Unternehmen gemäß § 308 Abs. 1 Satz 2 eigentlich kein Weisungsrecht hat. Regulativ wirken hier - in diesem divergierenden Bereich - die Haftungsansprüche des § 309 ³⁸⁾. Weisungsrecht und Folgepflicht gehen jedoch nur im Falle des § 308 Abs. 2 Satz 2 auseinander, im übrigen decken sie sich völlig.

36) Zu weiteren Schranken der Folgepflicht und des mit ihr korrespondierenden Weisungsrechts vgl. die richtigen Ausführungen von BH § 308 Anm. 6; § 299 (s.o. S. 122); gute Sitten, zwingende gesetzliche (auch öffentlich-rechtliche) Vorschriften für den Vorstand der abhängigen Gesellschaft, wobei freilich § 291 Abs. 3 zu beachten ist. - Ebenso Würdinger S. 290, Straßberger S. 16, 17.

37) so BH § 308 Anm. 5; a.A. FKA § 72 Anm. 22 für § 72 BetrVG, die auf die klare Erkennbarkeit der Verhältnisse für jeden vernünftigen Menschen abstellen. Der Ansicht Huecks ist zu folgen, weil keine Notwendigkeit besteht, auf die Ansichten nicht sachverständiger Menschen abzustellen. Das ließe sich nämlich nur dann bejahen, wenn z.B. Verkehrs- oder Vertrauensschutz Gesichtspunkte zu berücksichtigen wären. - Im übrigen: bei Streitigkeiten trifft den Vorstand der Untergesellschaft die Beweislast - BH § 308 Anm. 5 a.E. Ob das sachgerecht ist, erscheint angesichts der Systematik des § 308 Abs. 2 nicht unzweifelhaft. Wegen des klaren Wortlauts ("es sei denn, daß ...") des Gesetzes ist eine abweichende Ansicht jedoch nicht begründbar.

38) § 308 Abs. 3 bleibt unerörtert, weil es sich bei dieser Bestimmung nicht um Fragen des Haftungsrechts für Vorstandsmitglieder handelt. Vgl. dazu BH § 308 Anm. 9.

III. Die Haftung der gesetzlichen Vertreter oder des Inhabers des herrschenden Unternehmens gegenüber dem beherrschten Unternehmen (§ 309 AktG) 39)

Die Schaffung des § 309 AktG war notwendig, weil § 93 AktG das Verhältnis zwischen dem Vorstand des herrschenden Unternehmens und der beherrschten Gesellschaft als Rechtssubjekt nicht erfaßt; § 93 gilt vielmehr nur für die Beziehung zwischen dem herrschenden Unternehmen und seinem Vorstand einerseits sowie dem abhängigen Unternehmen und dessen Vorstand andererseits. § 117 AktG ist gemäß dessen Absatz 7 Nr. 2 ebenfalls unanwendbar ⁴⁰⁾. Daher mußte zur Begründung einer Verantwortlichkeit eine Sonderregelung geschaffen werden, wenn der Gesetzgeber die Begründung der unmittelbaren Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber der Untergesellschaft beabsichtigte ⁴¹⁾. Unberücksichtigt bleiben - wie schon gesagt ⁴²⁾ - die evtl. Haftungsansprüche der Untergesellschaft gegen die Obergesellschaft selbst ⁴³⁾.

1. "Bei der Erteilung von Weisungen"

Die Vorstandsmitglieder des herrschenden Unternehmens haften der abhängigen Gesellschaft nicht für jedes Verhalten, sondern nach dem

-
- 39) Über den Rechtscharakter der Haftung gemäß § 309 vgl. BH § 309 Anm. 3 - 5; Hueck selbst hält diese Frage für letztlich irrelevant. Zu bemerken bleibt nur, daß es dabei entgegen Hueck nicht um die "Rechtsgrundlage" - diese ist § 309 -, sondern um den Rechtscharakter dieser Haftungsgrundlage geht.
- 40) Sind Weisungen gemäß § 308 zulässig, kommt auch eine Haftung gemäß § 117 nicht in Betracht. - Vgl. BH § 308 Anm. 3; Würdinger S. 288 u. 291 (5. Absatz), der auch ausdrücklich weiter § 826 BGB ausschließt - mit Recht!
- 41) BH § 309 Anm. 2 u. 4; zur Entstehungsgeschichte und dem Grundgedanken dieser gesetzlichen Regelung vgl. Mestmäcker a.a.O. S. 135, 136. Vgl. auch Wilhelmi AG 1965/308 1.Sp.
- 42) vgl. oben S. 121.
- 43) Vgl. dazu BH § 309 Anm. 1; das herrschende Unternehmen haftet vertraglich nach dem Beherrschungsvertrag, insbesondere wegen positiver Vertragsverletzung, in Verbindung mit § 278 BGB, unter Umständen auch in Verbindung mit § 31 BGB, der jedenfalls bei unerlaubten Handlungen gilt, für die das herrschende Unternehmen auch haftet. Mißverständlich Rasch S. 141 2. Absatz a.E.; wie Hueck auch Würdinger S. 290, 291 und Möhring NJW 1967/7 1.Sp. - Die Ansprüche können analog §§ 317 Abs. 4, 309 Abs. 4 auch vom einzelnen Aktionär geltendgemacht werden. Vgl. Lutter, Verfassungsrechtliche Grenzen der Mehrheitsherrschaft nach dem Recht der Kapitalgesellschaften, Die AG 1968/73 - 75 (74 zu 3 d).

klaren Gesetzeswortlaut nur "bei der Erteilung von Weisungen" 44). Durch diese Worte stellt § 309 Abs. 1 die Verbindung zu § 308 AktG her. Daraus folgt, daß der Vorstand des herrschenden Unternehmens nicht für ein Unterlassen, insbesondere für unterlassene Weisungen, haften muß 45). Das ergibt sich auch aus § 308 Abs. 1 AktG, der nur eine Berechtigung zur Erteilung von Weisungen festlegt, nicht aber auch eine Weisungspflicht auferlegt. Von diesen Grenzen an ist der Vorstand der abhängigen Gesellschaft wieder alleinverantwortlich; dieser darf mithin nicht auf die Erteilung von Weisungen warten. § 309 gilt im übrigen bei allen Arten von Weisungen, nicht nur bei der Untergesellschaft im Sinne von § 308 Abs. 1 Satz 2 nachteiligen Weisungen 46). Hätte der Gesetzgeber anderes gewollt, hätte er das un-
schwer klarstellen können und deshalb klar ausgesprochen.

44) Das ist nicht unstrittig. Würdinger S. 291 vertritt die Ansicht, die Sorgfaltspflicht des § 309 bestehe auch bei der Einflußnahme mittels des Stimmrechts des herrschenden Unternehmens. Ähnlich Rasch S. 140: "bei der Erteilung von Weisungen - man darf wohl ergänzen: in ihrem Verhalten gegenüber der beherrschten Gesellschaft überhaupt". Vgl. auch Rasch S. 141 3. Absatz mit einer neuartigen Begründung. Dem tritt BH § 309 Anm. 6 a.E. mit überzeugenden Gründen entgegen; es kommt hinzu, daß der Gesetzgeber beide Arten von Einflußnahme - wie § 117 Abs. 7 zeigt - auch sonst unterschieden hat und deswegen nicht angenommen werden kann, daß er sie bei § 309 - der auch, wie dargelegt, lediglich eine Haftungserstreckung auf die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens beabsichtigt - gleichstellen will. Wie Hueck auch Wilhelmi, freilich ohne Begründung, AG 1965/308 1.Sp. - Würdinger und Rasch ist allerdings einzuräumen, daß häufig für das herrschende Unternehmen die tatsächliche Möglichkeit besteht, über die Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft auf dessen Vorstand einzuwirken. Dabei ist freilich § 119 Abs. 2 zu beachten. Dennoch könnte das herrschende Unternehmen geneigt sein, zur Umgehung der Schranken des § 308 und der Folgen des § 309 diesen Weg zu gehen, auf dem in Wirklichkeit dasselbe Ziel verfolgt werden kann. Diese Folgen lassen sich dadurch vermeiden, daß man den § 308 als den vom Gesetz bestimmten alleinigen Beeinflussungsweg ansieht. Weicht das herrschende Unternehmen davon ab, haftet es nach dem Beherrschungsvertrag. Gibt der Vorstand der abhängigen Gesellschaft solchen Einflußnahmen nach, kann er gemäß § 93 schadensersatzpflichtig werden. Deshalb dürfte die hier vertretene Ansicht praktisch von der Würdingers und Raschs kaum abweichen; über § 309 läßt sich die Frage jedoch nicht lösen (unklar insoweit DJT 1967 S. 95 zu 581).

45) Der Unterschied zwischen positiver Handlung und Unterlassen ist nicht identisch mit den Begriffen Ge- und Verbot (vgl. dazu BH § 309 Anm. 1 1. Absatz a.E.); diese sind vielmehr immer als positive Handlungen Weisungen im Sinne von § 309. Anders kann auch Würdinger S. 291 4. Absatz nicht verstanden werden.

46) so auch DJT 1967 S. 95 (zu 579).

2. Die Sorgfaltspflicht

Nicht einfach ist die Bestimmung der die Haftung vermittelnden Sorgfaltspflicht. Dabei ist zunächst einmal fraglich, ob diese die einzige Pflicht des Vorstandes gegenüber der abhängigen Gesellschaft ist; dagegen spricht der Gebrauch des Wortes "Pflichten" in § 309 Abs. 2 im Plural; dafür läßt sich anführen, daß das AktG außer der Sorgfaltspflicht des Abs. 1 von § 309 dem Vorstand ausdrücklich keine weiteren Verpflichtungen auferlegt. - Nicht eindeutig ist auch, ob nur gesetzliche Pflichten die Haftung begründen oder auch Pflichten aus dem Beherrschungsvertrag. - Unklar ist weiter, worauf die Sorgfaltspflicht gerichtet ist: sie kann keineswegs dahingehen, jeden der Untergesellschaft drohenden Nachteil abzuwenden; das folgt aus § 308, der dem Vorstand des herrschenden Unternehmens sogar die Zufügung von Nachteilen bei der abhängigen Gesellschaft erlaubt ⁴⁷⁾. Mit dieser Schwierigkeit ist das Problem verbunden, den in § 309 angesprochenen Vermögens- und entsprechenden Schadensersatzbereich zu bestimmen und abzugrenzen ⁴⁸⁾.

Mit der Sorgfaltspflicht werden jedenfalls nicht nur solche Fälle erfaßt, in denen der Vorstand des herrschenden Unternehmens sein Weisungsrecht überschreitet, sei es, daß seine für die Gesellschaft nachteiligen Weisungen nicht den Konzernbelangen dienen oder sei es, daß sie vertragswidrig ⁴⁹⁾ sind, oder sei es, daß die anderen aufge-

47) Ebenso BH § 309 Anm. 1: "sie - die für die beherrschte AG nachteiligen Weisungen - können also für sich allein keine Haftpflicht ... begründen". So auch, freilich ohne sonstige nähere Festlegung des Inhalts der Sorgfaltspflicht, GW § 309 Anm. 5.

48) Darauf deutet auch folgende Bemerkung A. Huecks (BH § 309 Anm. 1) hin: "soweit der beherrschten AG ein Schaden entsteht, der nicht schon durch die ... §§ 300 ff. gedeckt ist". Dem ist zu folgen; durch die §§ 300 ff. ist der Schutzbereich des § 309 begrenzt.

49) Daraus ergibt sich zugleich die Antwort auf die oben aufgeworfene Frage, ob auch vertragliche Pflichten durch § 309 geschützt sind. Die Frage ist zu bejahen, weil nach § 308 Abs. 1 Satz 2 der Inhalt des Weisungsrechts durch den Beherrschungsvertrag bestimmt wird, im Beherrschungsvertrag somit auch Grenzen vorfindet. - Daraus erklärt sich auch der Plural bei "Pflichten" in § 309 Abs. 2. Die Sorgfaltspflicht ist nämlich die einzige gesetzliche Pflicht des Vorstandes der herrschenden Gesellschaft gegenüber der abhängigen Gesellschaft. Da das Weisungsrecht beschränkt ist, entspricht diesem eine Pflicht, die Grenzen des Rechts nicht zu überschreiten. Das dürfte jedoch ein Unterfall der Sorgfaltspflicht sein.

zeigten Grenzen des Weisungsrechts mißachtet wurden. Eine solche Beschränkung der mit der Schadensersatzpflicht korrespondierenden Sorgfaltspflicht hätte der Gesetzgeber mit einfacheren Worten klarer geregelt ⁵⁰⁾.

Mit dieser Feststellung und dem oben gefundenen Ergebnis, daß die Sorgfaltspflicht nicht die Zufügung von Nachteilen grundsätzlich verbietet, sind die Pole ermittelt, zwischen denen der Schutzbereich der in § 309 geregelten Sorgfaltspflicht liegt. Da der Vorstand des herrschenden Unternehmens mit Hilfe seiner Weisungsgewalt sich an die Stelle des Vorstandes der abhängigen Gesellschaft setzt, muß er dieselbe Sorgfaltspflicht wie dieser haben ⁵¹⁾, freilich modifiziert durch das Recht zur Berücksichtigung der Konzernbelange. Diese Sorgfaltspflicht gebietet freilich nicht, nachteilige Weisungen oder Weisungen, die nicht die bestmöglichen Vorteile für die abhängige Gesellschaft verursachen, erst dann zu erteilen, wenn die Wahrung der Konzerninteressen anders nicht möglich ist. Eine so weitgehende Sorgfaltspflicht zugunsten der Untergesellschaft würde § 308 Abs. 1 Satz 2 widersprechen. Sie liefe nämlich darauf hinaus, konzerndienliche Maßnahmen nur in dem Umfang zuzulassen, als sie für das Konzernwohl notwendig oder unerläßlich sind ⁵²⁾. Derart strenge Maßstäbe stellt § 308 jedoch nicht auf; die Vorschrift begnügt sich mit dem Begriff der Dienlichkeit, die nichts weiter bedeutet, als daß eine Weisung für den Konzern nützlich sein muß ⁵³⁾. Andererseits stellt

50) So aber bestimmt BH § 309 Anm. 6 den Inhalt der Sorgfaltspflicht. Wäre diese Ansicht zutreffend, hätte der Gesetzgeber neben den Schranken des Weisungsrechts keine besondere Sorgfaltspflicht aufzustellen brauchen. Hueck übersieht deshalb die eigenständige Bedeutung der Sorgfaltspflicht. Vgl. auch unten S. 130, 131 jeweils Fußnote 54, 57). Der Inhalt der Sorgfaltspflicht geht mithin über die Grenzen des Weisungsrechts hinaus. Wie Hueck wohl auch GW § 309 Anm. 2 (1. Satz); Rasch S. 140 - vorletzter Absatz a.E. und DJT 1967 S. 95 (579) für der Untergesellschaft nachteilige Weisungen. - Den hier vertretenen Standpunkt dürfte freilich Mestmäcker a.a.O. S. 135 2. Absatz teilen.

51) So auch BH § 309 Anm. 4 a.E., der daraus aber nicht die notwendigen Konsequenzen zieht. Vgl. oben S. 129, Fußnote 50). Ähnlich der hier vertretenen Ansicht Würdinger S. 291 und Möhring NJW 1967/7 1.Sp.

52) So aber wohl Würdinger S. 291 3. Absatz; wie hier, jedenfalls ähnlich Straßberger S. 17.

53) Die bloße Eignung zur Nützlichkeit genügt freilich nicht; im Streitfall muß eine konkrete Nützlichkeit vom Vorstand des herrschenden Unternehmens nachgewiesen werden. Das ergibt sich daraus, daß das Wort "dienen" anders als etwa die Worte "zu dienen bestimmt sind" an objektive Maßstäbe anknüpft.

sich jedoch die Frage, ob der Vorstand des herrschenden Unternehmens bei der Ausübung des Weisungsrechts die Interessen des Konzerns und die der abhängigen Gesellschaft gegeneinander abwägen muß. Dagegen spricht, daß der Gesetzgeber diese Abwägung in § 308 schon dadurch selbst vorgenommen hat, daß er die Konzerninteressen über die des abhängigen Unternehmens gestellt hat. Dennoch bleibt fraglich, ob der Gesetzgeber auch solche Weisungen erlauben wollte, die zwar dem Konzern objektiv nutzen, deren Unterlassen aber der abhängigen Gesellschaft einen größeren Vorteil gebracht hätte als die erteilte Weisung dem Konzern. Die Frage läßt sich über die §§ 308, 309 meines Erachtens nicht befriedigend lösen ⁵⁴⁾. Nach diesen Vorschriften wäre eine solche Weisung zugunsten des Konzerns ohne eine Vorteilsabwägung zulässig. Sie wird aber in der Regel nicht erteilt werden, weil sie nicht dem Wohl des herrschenden Unternehmens am besten dient und daher diesem gegenüber gemäß § 93 AktG haftpflichtig macht; denn dem herrschenden Unternehmen wird auch mehr gedient sein, wenn das abhängige Unternehmen größere Vorteile erwirbt als es - das herrschende Unternehmen - zu erlangen imstande ist. Auf diesem Wege werden den §§ 308, 309 anscheinend anhaftende Mängel faktisch korrigiert. Die Untergesellschaft hat gegen dieses außerachtlassende Weisungen des Vorstandes des herrschenden Unternehmens zwar keine rechtlichen Mittel; faktisch geschützt ist sie jedoch durch § 93, der sich insoweit als Rechtsreflex für sie erweist. Die Sorgfaltspflicht des Vorstandes des herrschenden Unternehmens gegenüber der abhängigen Gesellschaft besteht aber doch insoweit, als er abgesehen von der Förderung der Konzernbelange das Wohl der abhängigen Gesellschaft berücksichtigen muß, sofern das daneben möglich ist. Der Vorstand des herrschenden Unternehmens kann sich darauf verlassen, daß der Vorstand der abhängigen Gesellschaft Nachteile abwendet. Insoweit trifft beide eine Sorgfaltspflicht. Weist z.B. der Vorstand

54) a.A. wohl Möhring NJW 1967/7 1.Sp., der aber der hier vertretenen Ansicht von allen Autoren am nächsten kommt. Das folgt aus folgendem Satz: "Die in § 309 statuierte Sorgfaltspflicht begrenzt also mittelbar die Weisungsrechte aus § 308". Dagegen dürfte die herrschende Meinung den Inhalt des Weisungsrechts allein aus § 308 in Verbindung mit §§ 299, 291 bestimmen und in § 309 lediglich die Konsequenz für die Überschreitung des Weisungsrechts sehen. Dann wäre aber § 309 Abs. 1 überflüssig, § 309 hätte mit den Worten: "Überschreitet der gesetzliche Vertreter ... das Weisungsrecht ..." beginnen müssen.

der herrschenden Gesellschaft beherrschungsvertragswidrig an, haften beide Vorstände 55).

Abschließend bleibt zu betonen, daß im Vorstehenden lediglich das Bestehen einer Sorgfaltspflicht festgestellt und diese bisher nur nach einer Substraktionsmethode eingegrenzt ist. Was die Sorgfaltspflicht im einzelnen positiv beinhaltet, läßt sich erst nach eingehender Rechtstatsachenforschung klären; Untersuchungsergebnisse darüber sind leider noch nicht bekannt geworden.

Eindeutig ist die Sorgfaltspflicht und ihr Inhalt dagegen insoweit, als die Weisung im Einzelfall für die Gesellschaft nicht nachteilig ist; dann hat sie denselben Inhalt, wie wenn der Vorstand der abhängigen Gesellschaft selbst handelte 56).

Zur Klärung des Standortes ist anzufügen, daß die Sorgfaltspflicht nur haftungsrechtlich im Rahmen des § 309 relevant sein kann, nicht auch für die Bestimmung des Umfanges des Weisungsrechts 57). Diese Betrachtung findet ihre Rechtfertigung darin, daß § 308 das Weisungsrecht ohne Rücksicht auf die Sorgfaltspflicht inhaltlich bestimmt 58). Das erscheint sachgerecht, weil andernfalls durch Streitigkeiten zwischen den Vorständen die Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens ausgehöhlt und dadurch der Beherrschungsvertrag praktisch wertlos werden könnte. Soweit daraus Gefahren für die abhängige Gesellschaft entstehen, sind diese hinnehmbar; diesen ist die Gesellschaft auch durch ihren eigenen Vorstand ausgesetzt. Sie sind über das Haftungsrecht weitgehend korrigierbar.

3. Nicht uninteressant ist ein Vergleich des § 309 mit § 310 insoweit, als § 309 keine Haftung der Aufsichtsratsmitglieder bestimmt 59). Das ist um so erstaunlicher, als gemäß § 308 Abs. 3 der Aufsichtsrat

55) vgl. BH § 309 Anm. 1.

56) so auch DJT 1967/S. 95 (zu 579).

57) so wohl auch Möhring a.a.O. (S. 130, Fußnote 54) arg. mittelbar.

58) Der Vorstand der Untergesellschaft kann freilich Zweifel vortragen. Dazu muß man ihn sogar dann als verpflichtet ansehen, wenn er den Verdacht haben kann, daß die Obergesellschaft Umstände übersehen hat.

59) BH § 309 Anm. 2; GW § 309 Anm. 4; Wilhelmi AG 1965/308 1.Sp.

des herrschenden Unternehmens unter Umständen eine erhebliche Machtposition hat. Das Fehlen einer Haftungsvorschrift wird jedoch dadurch erträglich, daß der Aufsichtsrat bei Rechtsverstößen intern haften muß, wenn die herrschende Gesellschaft ihrerseits haftpflichtig gegenüber der Untergesellschaft wird ⁶⁰⁾.

4. Auf weitere Einzelheiten der Haftung gemäß § 309 einzugehen ist unnötig. Sie ergeben sich einmal aus dem insoweit klaren Gesetzeswortlaut. Zum anderen entsprechen die weiteren Probleme denen der allgemeinen Vorschriften des § 93 ⁶¹⁾, sind mithin nicht spezifisch konzernrechtlicher Art.

IV. Die Haftung des Vorstandes der abhängigen Gesellschaft gegenüber dieser (§ 310 AktG)

Bei § 310 stellt sich in erster Linie die Frage nach seinem Verhältnis zu den §§ 93, 116. Anders als bei § 309 war nämlich hier eine Begründung einer Sorgfaltpflicht und Haftungspflicht nicht erst erforderlich, da diese schon nach den angegebenen allgemeinen Vorschriften bestehen. Deshalb ist klärungsbedürftig, ob § 310 eine selbständige Haftungsnorm oder nur eine Ergänzungsnorm für schon vorhandene Haftungsbestimmungen ist. Fest steht jedenfalls, daß § 93 Abs. 1, insoweit auch in Verbindung mit § 116, selbständig neben § 310 stehenbleibt, da § 310 die Sorgfalts- und Verschwiegenheitspflicht nicht besonders regelt. Für die Schadensersatzhaftung verdrängt dagegen § 310 § 93 Abs. 2 - 5 als lex specialis ⁶²⁾, da er eine abschließende eigenständige Regelung aller Modalitäten der Schadensersatzpflicht enthält, die zum Teil von § 93 abweicht; insbesondere aus dieser Divergenz ⁶³⁾ folgt die Selbständigkeit des Charakters des § 310. Freilich ist dieser Ausschluß des § 93 Abs. 2 ff. - auch in Verbindung mit § 116 - nur ein relativer; er reicht nur insoweit, wie der Regelungsbereich der §§ 308 ff. geht; das

60) so im Ergebnis GW § 309 Anm. 4.

61) Zu den Unterschieden der Haftungsregelungen der §§ 93 u. 309 vgl. statt vieler BH § 309 Anm. 8 - 10.

62) Wohl a.A. BH § 310 Anm. 1 u. 2; GW § 310 Anm. 1, die freilich nicht genau auf das Konkurrenzverhältnis eingehen und ihre Ansicht über das Nebeneinander von § 310 und §§ 93, 116 auch nicht begründen.

63) Vgl. dazu die Darstellung bei BH § 310 Anm. 4 - 6 u. oben S. 123 Fußnote 27.

folgt daraus, daß § 310 an die Haftung des § 309 anknüpft. Soweit nicht neben § 310 auch § 309 eingreift, bleiben die §§ 93, 116 voll anwendbar. Das bedeutet praktisch, daß diese Bestimmungen wiederum insoweit allein gelten, als die abhängige Gesellschaft unabhängig und unbeeinflußt vom herrschenden Unternehmen verwaltet wird ⁶⁴⁾. Soweit der Regelungsbereich der §§ 309, 310 geht, ist auch § 117 ausgeschlossen; das folgt zum Teil aus § 117 Abs. 7 Nr. 2, zum Teil daraus, daß die §§ 309, 310 *leges speciales* sind ⁶⁵⁾.

Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft wird zunächst durch § 310 Abs. 3 ganz erheblich eingeschränkt ⁶⁶⁾. Dieser Haftungsausschluß entspricht dem Grundsatz, daß eine Haftung nur im Umfange der Handlungsmöglichkeiten eines Rechtssubjektes denkbar ist; die Verantwortlichkeit muß immer dem Freiheitsraum entsprechen ⁶⁷⁾. Da dieser Raum freier Eigengestaltung durch die §§ 308 ff. stark beschränkt ist, bleibt für die Haftung gemäß § 310 nur ein recht kleiner Raum. In Betracht kommen vornehmlich Fälle von Weisungen, die offensichtlich nicht Konzernbelangen dienen, dazu Fälle solcher Weisungen, die aus sonstigen Gründen rechtswidrig oder sittenwidrig sind ⁶⁸⁾.

64) wie hier Würdinger S. 291 zu 3.

65) Würdinger S. 291; so wohl auch GW § 310 Anm. 2, dessen Ausführungen jedoch zum Teil mißverständlich sind.

66) Zum Begriff der "Weisung" im Sinne von § 310 Abs. 3 GW § 310 Anm. 4 (2. Absatz). Es ist aber nicht anzunehmen, daß Wilhelmi für § 310 einen besonderen Weisungsbegriff aufstellen will. Wie die Weisungen erteilt werden, ist kein Problem des § 310, auch nicht des § 308, sondern in erster Linie eine Frage der Unternehmens- bzw. Konzernführungstaktik. Freilich können - jedenfalls nach der hier vertretenen Ansicht - zu allgemein gehaltene oder ungenaue Weisungen den Vorstand des herrschenden Unternehmens wegen Verletzung seiner Sorgfaltspflicht schadensersatzpflichtig machen. Durch Mißverständnisse zwischen den Vorständen entstehende Reibungsschäden können aber dadurch vermieden werden, daß dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft eine Pflicht auferlegt wird, sei es aus seiner gesetzlichen Sorgfaltspflicht heraus oder durch ausdrückliche Bestimmungen im Beherrschungsvertrag, bei Vorliegen von Bedenken Hinweise dem Vorstand der herrschenden Gesellschaft zu geben.

67) DJT 1967 S. 95 (zu 580).

68) Diese Fälle sind oben bei den verschiedenen Eingrenzungen des Weisungsrechts dargestellt.

Wegen der Einzelheiten der Haftung kann im wesentlichen auf den Gesetzeswortlaut und die allgemeinen aktienrechtlichen Haftungsgrundsätze verwiesen werden. Erforderlich erscheint lediglich ein kurzes Eingehen auf folgenden Aspekt des § 310 Abs. 2:

Anders als u.a. die §§ 93 Abs. 4 Satz 1 und 117 Abs. 2 Satz 3 bestimmt § 310 Abs. 2 nichts über das Verhältnis der Haftung des Vorstandes und des Aufsichtsrats zu gesetzmäßigen Beschlüssen der Hauptversammlung. Deshalb ist § 310 Abs. 2, da er - wie dargelegt - eine abschließende Regelung enthält, im Wege des *argumentum e contrario* zu entnehmen, daß ein Hauptversammlungsbeschluß Vorstand und Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft nicht von ihrer Schadensersatzpflicht befreien ⁶⁹⁾. Das ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte des § 310 Abs. 2 ⁷⁰⁾.

V. Besonderheiten der Haftungsregelung bei eingegliederten Gesellschaften (§ 323 AktG)

Die Haftungsregelung nach der Eingliederung einer Aktiengesellschaft ⁷¹⁾ in eine andere Aktiengesellschaft ⁷²⁾ entspricht gemäß § 323 im wesentlichen der bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages. § 323 verweist auf die dafür maßgeblichen, oben besprochenen gesetzlichen Regelungen und erklärt - wohl zur Klarstellung - darüber hinaus ausdrücklich, daß die §§ 311 - 318 unanwendbar sind. Gegenüber der Haftungsregelung bei Beherrschungsverträgen gibt es jedoch einige Unterschiede ⁷³⁾.

69) Auch hier stellt sich die Frage, ob § 310 Abs. 2 redaktionell optimal gefaßt ist. - Ebenso BH § 310 Anm. 6, GW § 310 Anm. 2, Rasch S. 141, *Wilhelmi AG 1965/308 r.Sp.*, die insbesondere auch die rechtspolitischen Motive für das Fortbestehen der Haftung darlegen.

70) Vgl. dazu insbesondere BH § 310 Anm. 6.

71) Nur diese kann also im Sinne der §§ 319 ff. eingegliedert werden, nicht eine KGaA. Das folgt aus einem Vergleich des § 319 Abs. 1 mit § 291 Abs. 1 (vgl. auch Fußnote 72).

72) In Unternehmen mit anderer Rechtsform findet eine Eingliederung nicht statt. Die Begründung dafür ist dieselbe wie in Fußnote 71. Vgl. zu beiden Grundsätzen statt aller BH vor § 319 Anm. 3.

73) Wegen der Unterschiede bei der Haftung der Hauptgesellschaft gegenüber der eingegliederten Gesellschaft vgl. BH § 323 Anm. 5. Zu einigen weiteren Unterschieden, welche die Worte "gelten sinngemäß" erlauben, vgl. BH § 323 Anm. 7 - 9.

1. Weisungsrecht der Hauptgesellschaft

Das Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens, hier Hauptgesellschaft genannt, ist gemäß § 323 Abs. 1 Satz 1 weitergehend als bei § 308: der eingegliederten Gesellschaft können für sie nachteilig wirkende Weisungen ohne das Vorliegen besonderer Voraussetzungen erteilt werden, woran auch vertraglich nichts geändert werden kann. Das ergibt sich aus einem Gegenschuß aus § 323 Abs. 1 Satz 1 bei einem Vergleich dieser Vorschrift mit § 308 Abs. 1. § 323 Abs. 1 Satz 1 ist insoweit gegenüber § 308 abschließend, wie auch die Ausnahme des § 308 Abs. 2 Satz 2 aus der Verweisung des § 323 Abs. 1 Satz 2 zeigt ⁷⁴⁾. Im übrigen gelten freilich bei eingegliederten Gesellschaften dieselben Grenzen des Weisungsrechts wie bei § 308 ⁷⁵⁾, wobei freilich die Ausnahmeregelung des § 323 Abs. 2, die § 291 Abs. 3 sachlich entspricht, zu beachten ist.

2. Folgepflicht des Vorstandes der Untergesellschaft

Die Folgepflicht des Vorstandes der eingegliederten Gesellschaft ist folgerichtig gemäß § 308 Abs. 2 Satz 1 unbeschränkt. Freilich gelten im übrigen auch hier die Grenzen, die bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages bestehen und oben dargestellt sind.

3. Sorgfaltspflicht des Vorstandes der Hauptgesellschaft

Auch bei der Eingliederung muß der Vorstand der Hauptgesellschaft neben den hier allerdings wenigen Schranken des Weisungsrechts bei der Erteilung der Weisungen die Sorgfaltspflicht beachten. Das erkennt - im Widerspruch zu seinen allerdings nicht ganz klaren Ausführungen bei § 309 ⁷⁶⁾ - auch Hueck an und schließt daraus, der Vorstand der

74) vgl. die abweichenden Vorschläge des DJT in DJT 1967 S. 93 (575).

75) Eine andere Ansicht dürfte auch BH (§ 323 Anm. 2) trotz der Worte "alle in § 308 vorgesehene Beschränkungen" nicht vertreten; das läßt sich seiner anschließenden Erläuterung entnehmen, insbesondere aus Anm. 3 ebendort; wie hier auch GW § 323 Anm. 2 ("Diese Einschränkung fällt hier weg").

76) s. oben S. 129 Fußnote 50. Diese Divergenz ist um so erstaunlicher, als hier der Grad der Unternehmensverbindung noch weitgehender ist als beim Beherrschungsvertrag - vgl. BH vor § 319 Anm. 1; GW § 323 Anm. 1.

Hauptgesellschaft dürfe die eingegliederte AG "nicht grundlos schädigen" 77).

§ 14 Haftung des Vorstandes bei Fehlen eines Beherrschungsvertrages (§§ 311, 317, 318 AktG)

I. Einführung

Gemäß § 76 Abs. 1 hat der Vorstand einer Aktiengesellschaft diese unter eigener Verantwortung zu leiten. Nach § 93 Abs. 1 Satz 1 hat er eine Sorgfaltspflicht zu beachten, nach der er das Wohl seiner Gesellschaft weitestgehend zu fördern und Schaden von ihr abzuwenden hat; bei Verstößen wird der Vorstand schadenersatzpflichtig 78). Das AktG 1965 hatte die Frage zu regeln, welche Rechtsfolgen eintreten sollen, wenn auf den Vorstand Einfluß ausgeübt wird mit dem Ziel, diese Pflichten nicht voll zu erfüllen, insbesondere nicht oder doch nicht vornehmlich die Belange seiner Gesellschaft zu vertreten. Dazu kann der Vorstand infolge vielfältiger Abhängigkeiten veranlaßt werden: besonders abhängig ist ein Vorstand gegenüber einem die Hauptversammlung und den Aufsichtsrat beherrschenden Mehrheitsaktionär, weil der Aufsichtsrat ihn wählt bzw. wiederwählt und ihn auch abberufen kann. Das AktG mußte bestimmen, ob und inwieweit der Vorstand solchen Einflüssen erliegen darf, inwieweit also die §§ 76 und 93 Einschränkungen unterliegen, und weiterhin, welche Rechtsfolgen den treffen, der auf den Vorstand einen derartigen Einfluß ausübt, insbesondere ob und inwieweit dieser gemäß § 117 AktG 79) oder unter

77) BH § 323 Anm. 6, ähnlich Geßler DB 1965/1729 1.Sp. a.A. wohl, freilich ohne näher auf die Problematik einzugehen, Würdinger S. 321 zu 1 a 1. Absatz, 322 zu IV 4, ebenso Rasch S. 149, 150. Alle anderen Autoren gehen auf diese Frage gar nicht ein.

78) Ausführlicher Kropff DB 1967/2147 - 2149.

79) Zum Verhältnis des § 311 zu § 117 vgl. BH § 311 Anm. 6, GW § 317 Anm. 1 a.E., Rasch S. 142, 146, 147; vgl. aber auch Würdinger S. 309: § 117 bleibt für solche Beeinflussende anwendbar, die nicht Unternehmer sind; insb. Kropff DB 1967/2152 mit weiteren Nachweisen in Fußnote 39; allerdings kann ich Kropff insoweit nicht folgen, als er § 117 dann anwenden will, wenn die veranlassende Obergesellschaft die Absicht hat, keinen Ausgleich zu leisten. Insoweit schafft § 317 schon einen Schutz. Das Abstellen auf das subjektive Moment schafft außerdem Unsicherheit für die Feststellung, welcher Anspruch gegeben ist. Die §§ 311 ff. geben zu einer solchen Differenzierung keinen Anlaß. Vgl. auch Geßler DB 1965/1729, 1730, Leo AG 1965/355 zu D II.

anderen Voraussetzungen haftpflichtig ist. Das ist, soweit kein Beherrschungsvertrag abgeschlossen ist und keine Eingliederung stattgefunden hat, in den §§ 311 ff. AktG geschehen ⁸⁰⁾. Soweit allerdings eine Beeinflussung nicht stattfindet, ist die abhängige Gesellschaft frei; §§ 311 ff. werden dann nicht berührt ⁸¹⁾.

II. Grundsätze der Regelung der §§ 311, 317, 318 AktG

1. Die Beteiligten der Rechtsverhältnisse

Die Regelung der §§ 311 ff. knüpft an die Begriffe "herrschendes Unternehmen" und "abhängige Gesellschaft" an. Damit wird auf § 17 AktG Bezug genommen, so daß auch die Vermutung des § 17 Abs. 2 gilt, nach der eine Mehrheitsbeteiligung eines Unternehmens dieses zum herrschenden Unternehmen macht.

Anders als bei den §§ 319 ff. braucht bei den §§ 311 ff. die herrschende Institution lediglich ein Unternehmen ⁸²⁾ zu sein; die Rechtsform, in der es betrieben wird, ist also gleichgültig. - Das abhängige Unternehmen kann AG oder KGaA. sein.

Bei der in den §§ 311 ff. geregelten Unternehmensverbindungsform wird gemeinhin von einem "faktischen Konzern" gesprochen ⁸³⁾. Rechtliche Bedeutung hat diese Bezeichnung freilich nicht ⁸⁴⁾. Das folgt aus dem allerdings in diesem Zusammenhang nicht unwichtigen § 18 Abs. 1

80) Andere Unternehmensverträge können vorliegen; vgl. aber § 316 für den Gewinnabführungsvertrag im Sinne von § 291.

81) GW § 311 Anm. 1 a.E.; vgl. auch sonst zum Kausalitätserfordernis z.B. BH § 311 Anm. 7.

82) Zu diesem Begriff s.o. S. 119, insbesondere Fußnote 9; andererseits muß der Unternehmensbegriff aber erfüllt sein, vgl. auch BH § 311 Anm. 3.

83) Statt aller Kropff DB 1967/2147 - 2153 u. 2204 - 2208, Geßler DB 1965/1692, Kropff DB 1965/1287 - 1289; Mestmäcker a.a.O. S. 139 ff. u.v.a.m.

84) Vgl. zum Wert des Begriffs die zutreffenden Ausführungen Geßlers in DB 1965/1692 (auch vorher S. 1691): faktischer Konzern ist der Gegensatz für den Begriff "Vertragskonzern"; dieser besteht bei Vorliegen eines Beherrschungsvertrages und bei Eingliederung. An diese Begriffsbildung wird im folgenden angeknüpft. Wie hier BH § 311 Anm. 1; GW § 311 Anm. 2 (vgl. aber auch dessen Vorbemerkungen vor §§ 311 - 318) und § 317 Anm. 1 2. Absatz, Geßler, a.a.O., Möhring NJW 1967/7, Mutze AG 1967/256 zu IV 1 u.v.a.m.

Satz 3, nach dem (nur) vermutet wird, daß herrschende und abhängige Unternehmen einen Konzern bilden ⁸⁵⁾; das Gesetz hält es deswegen für sehr naheliegend, daß diese Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefaßt sind. Unter die §§ 311 ff. fallen damit aber auch Verbindungsformen, die nicht Konzerne im Sinne des § 18 sind ⁸⁶⁾; insofern kann die Bezeichnung "faktischer Konzern" mißverständlich sein.

2. Die Einflußnahme auf die abhängige Gesellschaft

Die §§ 311 ff. enthalten zunächst einmal nicht - etwa wie § 117 - ein generelles Verbot der Einflußnahme. Das Gesetz geht vielmehr von der Möglichkeit der Beeinflussung als einem nicht abstellbaren Faktum aus, ohne sie bzw. es rechtlich zu mißbilligen.

Andererseits reglementiert § 311 aber auch die Art der Beeinflussung nicht. Die §§ 311 ff. räumen z.B. dem herrschenden Unternehmen kein Weisungsrecht ein, wie es den §§ 308 und 323 entsprechen würde, sie legen auch keine Folgepflicht des abhängigen Unternehmens gegenüber den Akten der Beeinflussung fest ⁸⁷⁾. Es wird vielmehr offengelassen, auf welche Art und Weise der Einfluß ausgeübt wird. Der Gesetzgeber nimmt dabei die bisher geübte Praxis der Beeinflussung hin, er schränkt sie nicht ein; deshalb gelten die §§ 311 ff. auch für alle

85) BH § 311 Anm. 1 mit Verweisungen; Würdinger S. 309.

86) Würdinger S. 309 u. Leo AG 1965/356; das wird neuerdings von Kropff DB 1967/2152 in Zweifel gezogen; dem kann freilich angesichts des klaren Gesetzeswortlauts nicht gefolgt werden.

87) Das folgt eindeutig aus dem Wortlaut der §§ 311, 317, 318, insbesondere bei einem Vergleich mit den §§ 308, 323; weiter aus dem Fehlen des Wortes "Leitungsmacht" in der Überschrift vor den §§ 311 ff., schließlich aus der Überschrift bei § 311, die nur von den "Schränken des Einflusses" spricht! Dieses Ergebnis ist im übrigen ganz unstrittig. Mestmäcker a.a.O. S. 142, Kropff DB 1967/2152 (allerdings ist es unerfindlich, wieso Kropff das für den Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft als weniger theoretisch ansieht als für den Vorstand; einmal sieht er selbst die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats als eingeschränkt an, zum anderen wird häufig gerade über den Aufsichtsrat die Herrschaftsmacht ausgeübt).

Arten von Einflußnahmen⁸⁸⁾, sei es, daß sie über den Aufsichtsrat oder die Hauptversammlung⁸⁹⁾ der abhängigen Gesellschaft ausgeübt werden, sei es, daß sie zur Vermeidung formalistischer Umwege direkt vom Vorstand des herrschenden Unternehmens durch Weisungen gegenüber dem Vorstand des abhängigen Unternehmens erfolgen⁹⁰⁾, sei es auch konkret oder generell⁹¹⁾ für die gesamte Geschäftspolitik oder gewisse Teilbereiche. Vorausgesetzt wird nur, daß es sich um eine Veranlassung durch das herrschende Unternehmen handelt⁹²⁾. Neben der Herkunft des Einflusses vom herrschenden Unternehmen⁹³⁾ muß deshalb festgestellt werden, sollen die §§ 311 ff. anwendbar sein, daß es sich um ein aktives Tun⁹⁴⁾ des herrschenden Unternehmens gehandelt hat; ein bloßes Unterlassen erfüllt nicht den Begriff "Veranlassen". Bei dieser Prüfung kann fraglich werden, ob das aktive Tun von einem Veranlassungswillen getragen sein muß. In aller Regel wird ein solcher Veranlassungswille vorliegen. In den verbleibenden wenigen Ausnahmefällen geht es darum, daß die abhängige Gesellschaft ein Verhalten des herrschenden Unternehmens als Veranlassung auffaßt, obwohl das herrschende Unternehmen das gar nicht oder mit anderen Folgen (anderer Zielsetzung) beabsichtigte. In der Regel wird man das herrschende Unternehmen mit Rücksicht auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze über den veranlaßten Vertrauensschutz daran festhalten müssen⁹⁵⁾; der fehlende Veranlassungswille ist mithin grundsätzlich

88) So ausdrücklich BH § 311 Anm. 6, der zu Recht darauf hinweist, daß § 117 Abs. 7 Ziff. 1 dem nicht entgegensteht, weil § 311 insoweit lex specialis ist. Ebenso GW § 311 Anm. 3 a.E. u. § 317 Anm. 2 und Kropff DB 1967/2204 zu IV 1 mit weiteren Nachweisen aus der Entstehungsgeschichte (soweit er freilich auch § 266 StGB anwenden will, kann ihm nicht gefolgt werden; die §§ 311 ff. legen nicht einmal eine zivilrechtliche Sorgfaltspflicht fest; dagegen ist eine Strafbarkeit nach § 263 StGB in dem von Kropff erörterten Fall möglich.)

89) Anders also als die §§ 308 ff. vgl. BH § 311 Anm. 6; Würdinger S. 309; GW § 311 Anm. 1 u. 3 a.E. u. § 317 Anm. 2, Rasch S. 146.

90) So schon Geßler DB 1965/1729; Möhring NJW 1967/7 u. 8.

91) In diesem Falle können freilich Beweisschwierigkeiten bei der Durchsetzung von Ansprüchen gemäß § 317 eintreten - vgl. BH § 311 Anm. 7.

92) Mittel der konkreten, von den §§ 311, 317, 318 geregelten Beeinflussung muß "sein Einfluß" sein, also der gewöhnliche Einfluß des herrschenden Unternehmens. Das kann zu einer Begrenzung des § 311 auf die diesem Einfluß entsprechenden Einwirkungsmöglichkeiten führen. Rein zufällige Beeinflussungsmöglichkeiten dürften daher hier ausscheiden, allerdings in der Praxis auch ganz selten sein.

93) Vgl. dazu auch GW § 317 Anm. 2 2. Absatz.

94) Vgl. BH § 311 Anm. 6.

95) So auch BH § 311 Anm. 7, der sich damit in Widerspruch zu seinen früheren Aussagen setzen dürfte.

unschädlich ⁹⁶⁾. Das wird auch dadurch gestützt, daß die §§ 311 ff. den Schutz der abhängigen Gesellschaft bezwecken. Abweichendes kann lediglich dann gelten, wenn es im Verhältnis der beteiligten Unternehmen üblich ist, die Einzelfälle der Veranlassungen zu erörtern und dies im zu beurteilenden Fall vom abhängigen Unternehmen unterlassen worden ist. Darüber hinaus ist es nicht nötig, daß ein eintretender Nachteil vom Veranlasser beabsichtigt worden ist oder doch wenigstens für ihn voraussehbar war; es genügt vielmehr die objektive Veranlassung. Das folgt aus § 317, der auf ein Verschulden nicht abstellt ⁹⁷⁾.

In der Gestattung dieser Einflußnahme liegt schon ein gewisses Abweichen der §§ 311 ff. von den allgemeinen Vorschriften, die den Vorstand einer unabhängigen Gesellschaft binden, wie Kropff ⁹⁸⁾ überzeugend - wenn auch vielleicht von einem etwas zu dogmatischen Ausgangspunkt aus - nachgewiesen hat; dadurch entzieht das AktG 1965 mancher Unklarheit im AktG 1937, die zu Streitfragen geführt hat, den Boden ⁹⁹⁾.

Die §§ 311, 317, 318 beschäftigen sich in erster Linie lediglich mit den Erfolgen der Beeinflussung. Wirkt sich die Beeinflussung für die abhängige Gesellschaft positiv oder doch noch neutral aus, schweigt das Gesetz; es hält einen solchen Geschehensablauf, aus der Sicht des abhängigen Unternehmens ¹⁰⁰⁾, für statthaft, wie man aus einem Gegenschluß aus § 311 Abs. 1 entnehmen kann. - Wirkt sich die Beeinflussung für die abhängige Gesellschaft negativ bzw. nachteilig aus, darf sie nicht ausgeübt werden, es sei denn, daß die Nachteile ausgeglichen werden (§ 311 Abs. 1). Das Gesetz enthält deshalb nicht ein-

96) a.A., aber ohne Begründung: BH § 311 Anm. 6, ebenso Leo Die AG 1965/358.

97) Vgl. ebenso BH § 311 Anm. 6 u. 8 und § 317 Anm. 6 u. 8 (2. Absatz); Geßler DB 1965/1730; Leo AG 1965/358; GW § 311 Anm. 3, der zutreffend zwischen Veranlassen und Nachteil einerseits sowie Nachteilsausgleich und Schadensersatz andererseits unterscheidet. Mutze AG 1967/257; a.A. Würdinger S. 310 und Werner AG 1967/125.

98) DB 1967/2147 - 2149.

99) Kropff BB 1965/1281 ff. u. insbesondere Kropff S. 407, wo der Streitstand z.Zt. der Geltung des AktG 1937 dargestellt wird.

100) Damit ist nichts gesagt über die Rechtslage innerhalb des herrschenden Unternehmens, also über die Frage, ob dessen Vorstand sich intern haftpflichtig macht! Wie hier auch Leo AG 1965/356.

mal ein generelles Verbot von nachteiligen Beeinflussungen, gestattet damit - wenn auch unter gewissen Bedingungen - alle Arten von Beeinflussungen ¹⁰¹⁾. Wodurch dabei der Nachteil eintritt, ob durch die Vornahme eines Rechtsgeschäfts, das Treffen oder Unterlassen einer Maßnahme, ist gleichgültig; das Gesetz stellt alle diese Fälle gleich. Das Gesetz will mit dieser Aufzählung, weil es ihm - wie dargelegt - allein auf den Erfolg ankommt, alle Arten von möglicherweise nachteiligen Handlungen erfassen; man kann deshalb nicht die Begriffe "Rechtsgeschäft" und "Maßnahme" gegenüberstellen und dabei zu dem Schluß kommen, das Unterlassen von Rechtsgeschäften - im Gegensatz zum Unterlassen von Maßnahmen - falle nicht unter § 311 Abs. 1, weil es dort nicht ausdrücklich erwähnt ist ¹⁰²⁾.

Mit der Gestattung von für die abhängige Gesellschaft nachteiligen Einflüssen ist nichts darüber geregelt, wie die abhängige Gesellschaft sich gegenüber solchen Einflüssen zu verhalten hat. Sie und insbesondere ihr Vorstand haben, wie ausgeführt ¹⁰³⁾, keine Folgepflicht; es ist aber auch fraglich, ob sie solchen Einflüssen nachgeben können, ohne rechtswidrig zu handeln, mit anderen Worten: ob sie nachgeben dürfen. Diese Frage ist in § 311 Abs. 1 nicht geregelt: dort wird nur der herrschenden Gesellschaft die Einflußnahme erlaubt. Auch § 318 gibt auf diese Frage keine Antwort; er bestimmt nur eine Verantwortlichkeit der Verwaltung der abhängigen Gesellschaft für den Fall, daß sie die Geltendmachung des Nachteilsausgleichs nicht genügend betreibt. Aus § 318 kann auch kein Gegenschluß des Inhalts gezogen werden, alles, was dort nicht sanktioniert sei, werde als erlaubt angesehen. Dabei würde nämlich außer acht gelassen, daß der Vorstand der abhängigen Gesellschaft nach § 93 sorgfaltspflichtig ist, was noch durch das Fehlen einer dem § 310 Abs. 3 im wesentlichen entsprechenden Vorschrift verdeutlicht wird. Es kommt hinzu, daß für den Fall einer uneingeschränkten Gestattung des Nachgebens gegenüber (zwar erlaubtem) Einfluß rein tatsächlich dasselbe Bild entstehen würde, wie wenn der Vorstand der abhängigen Gesellschaft eine Folgepflicht hätte. Das aber wollte das AktG durch die Unterscheidung in

101) So auch BH § 311 Anm. 5; Würdinger S. 309 unten; GW § 311 'Anm. 4; Geßler DB 1965/1730; Kropff DB 1967/2151; Leo AG 1965/356; Mutze AG 1967/257.

102) Ebenso BH § 317 Anm. 3.

103) Vgl. oben S. 138, dort auch Fußnote 87.

den §§ 308 ff. und 311 ff. unbedingt vermeiden. Es kann aus allen diesen Gründen nicht angenommen werden, daß der Vorstand der abhängigen Gesellschaft ohne weiteres nachteiligen Einflüssen nachgeben darf; § 93 AktG ist insoweit nicht völlig ausgeschlossen. Die nicht einfache Frage nach dem für § 93 verbleibenden Anwendungsbereich und damit nach dem Grad der Sorgfaltspflicht der Verwaltung der abhängigen Gesellschaft gegenüber nachteiligen Einflüssen kann erst dann beantwortet werden, wenn Schutzzumfang und -inhalt der gesetzlichen Regelung über den Nachteilsausgleich ermittelt sind.

3. Gründe der Nachteilszufügung

Abweichend von § 308 Abs. 1 knüpft § 311 Abs. 1 seinem Wortlaut nach das "Recht" zur nachteiligen Beeinflussung der abhängigen Gesellschaft nicht an die Voraussetzung, daß dadurch den Konzernbelangen ein Nutzen entsteht. Dennoch ist die Frage aufgeworfen worden ¹⁰⁴⁾, ob die Zulässigkeit der nachteiligen Beeinflussung unter dieser Bedingung steht (deshalb ist es auch fraglich, ob die abhängige Gesellschaft solchen Einflüssen nachgeben darf, die nicht den Konzernbelangen dienen). Die Frage wird von denen, die auf sie eingehen, bejaht; zur Begründung wird darauf hingewiesen, daß diese Bedingung erst recht gelten müsse, wenn kein Beherrschungsvertrag besteht ¹⁰⁵⁾; außerdem sei die Beeinflussungserlaubnis durch § 311 nur deshalb gegeben worden, um eine Konzernführung zu ermöglichen, folglich dürfe sie auch nur dazu in Anspruch genommen werden ¹⁰⁶⁾. Der Schluß "a maiore ad minus" begegnet schon deshalb Bedenken, weil die durch § 308 eingeräumte Befugnis weitergeht als die Erlaubnis des § 311, deshalb auch an strenge Voraussetzungen geknüpft worden ist. Dagegen sprechen auch einige Wortwendungen in § 312 Abs. 1. Einmal stellt der Gesetzgeber dort nicht auf den Konzern ab, sondern auf das herrschende Unternehmen und mit diesem "verbundene Unternehmen"; das Gesetz beschränkt sich mithin nicht auf die Unternehmensverbindungsform "Konzern", sondern erfaßt alle in § 15 AktG genannten Formen. Daran knüpft auch die Klausel "im Interesse dieser Unternehmen" an. Zum anderen geht das Gesetz noch darüber hinaus, wenn es mit den Worten "auf Veranlassung" allein auf die Beeinflussung abstellt. § 312 Abs. 1 steht deshalb einer restrikti-

104) Kropff DB 1967/2152.

105) wie Anm. 104.

106) wie Anm. 104.

ven Interpretation des § 311 entgegen. Entscheidend gegen die oben wiedergegebene Ansicht spricht jedoch, daß sie in den Bereich des § 311 Fragen hineinzieht, die schon durch die §§ 93, 116 im Innenverhältnis des herrschenden Unternehmens geregelt sind. Diese Art der Verantwortlichkeit hält den Vorstand des herrschenden Unternehmens davon ab, bei Fehlen eines Konzerninteresses nachteiligen Einfluß auf die abhängige Gesellschaft auszuüben. Die Konsequenz der hier abgelehnten Ansicht dürfte im übrigen lediglich die Anwendbarkeit des § 117 zugunsten der abhängigen Gesellschaft sein, da diese der Einflußnahme, die nicht im Konzerninteresse liegt, nicht nachzugeben braucht. Die Begründung der Anwendbarkeit des § 117 ist aber deswegen nicht erforderlich, weil die abhängige Gesellschaft durch ihr Recht auf Nachteilsausgleichung genügend geschützt ist ¹⁰⁷⁾. Aus alledem folgt, daß die Einflußnahme insoweit nicht unzulässig ist und die abhängige Gesellschaft auch dieser grundsätzlich nachgeben darf.

In einem gewissen, wenn auch recht losen Zusammenhang mit jenem Problem steht die Frage, ob die §§ 311 ff. überhaupt die Ausübung einer Konzernleitungsmacht ¹⁰⁸⁾ gestatten, ob der herrschende Einfluß dazu legitimiert, die abhängige Gesellschaft einer einheitlichen unternehmerischen Leitung zu unterstellen, bzw. ob der herrschende Einfluß bis zur einheitlichen Leitung gesteigert werden darf ¹⁰⁹⁾. Mestmäcker ¹¹⁰⁾ wirft Zweifel auf, weil das Gesetz die Frage nicht regelt und die Systematik des AktG - einerseits Beherrschungsvertrag und Eingliederung, andererseits §§ 311 ff. - dagegen spreche, und kommt zu dem Ergebnis, die von § 311 Abs. 2 zugelassene Kompensation nachteiliger Maßnahmen gewährleiste nicht die einheitliche

107) Auch Hueck dürfte der hier vertretenen Ansicht zuneigen; vgl. BH § 311 Anm. 5 a.E., klarer § 311 Anm. 8; Leo AG 1965/357.

108) Leitungsmacht kann hier lediglich in rein tatsächlichem Sinne verstanden werden, also nicht im Sinne von § 308 als Weisungsrecht in Verbindung mit einer damit verbundenen Folgepflicht.

109) So GW § 311 Anm. 2; Wilhelmi AG 1965/308; Möhring NJW 1967/8; Geßler DB 1965/1729, 1730; Kropff BB 1965/1281, 1288; Würdinger S. 311; BH § 311 Anm. 1; Rasch S. 142 ff., insbesondere Kropff DB 1967/2147 ff.

110) a.a.O. S. 140: Mestmäcker selbst nennt keinen Fall, in dem die Frage entscheidende Bedeutung gewinnt: "wenn sich herausstellt, daß es einen Konfliktbereich gibt, innerhalb dessen ..."; anders als Mestmäcker Kropff DB 1967/2147 - 2153, 2204 - 2208, auch Geßler DB 1965/1692.

Leitung. Die Frage wird man, wie es auch das AktG in den §§ 17 und 18 Abs. 1 Satz 3 tut, solange als tatsächliches Problem behandeln dürfen, bis sicher ermittelt worden ist, daß sie überhaupt einmal rechtlich relevant werden kann. Fest steht nämlich, daß eine einheitliche Leitung jedenfalls nur in den Grenzen der §§ 311 ff. zulässig ist; ob diese gesetzliche Regelung wirtschaftlichen Bedürfnissen optimal gerecht wird, liegt auf einer anderen Ebene, die hier nicht zu erörtern ist. Im übrigen ist auch auf den schon kurz erörterten § 18 Abs. 1 Satz 3 hinzuweisen.

4. Die Nachteilsausgleichung

a) Zeitpunkt

Die Veranlassung der abhängigen Gesellschaft zu ihr nachteiligem Verhalten durch das herrschende Unternehmen darf nur geschehen, wenn die Nachteile ausgeglichen werden. Dieser Nachteilsausgleich braucht gemäß § 311 Abs. 2 nicht Zug um Zug zu geschehen. Es ist nicht einmal nötig, daß der abhängigen Gesellschaft im Zeitpunkt der Vornahme der nachteiligen Handlung ein Rechtsanspruch auf den Nachteilsausgleich eingeräumt wird. Es ist sogar auch nicht erforderlich, daß vor der nachteiligen Handlung bestimmt wird, wann und wodurch der Nachteilsausgleich stattfindet. § 311 gibt damit dem herrschenden Unternehmen einen erheblichen, zumindest zeitlichen Vorsprung. Er nimmt darüber hinaus in Kauf, daß zwischenzeitlich Ungewißheit über die Art und den Zeitpunkt des Nachteilsausgleichs entstehen kann.

b) Sorgfaltspflicht der Verwaltung der abhängigen Gesellschaft

Fraglich ist aber, ob der Vorstand der abhängigen Gesellschaft dieses ohne Verletzung seiner Pflichten hinnehmen darf. Sicherlich ist es dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft nicht gestattet, Ungewißheit darüber zu lassen, ob überhaupt ein Nachteilsausgleich stattfindet. Gemäß § 93 Abs. 1 ist er verpflichtet, klarzustellen, daß er einen Nachteilsausgleich begehrt, und darauf hinzuwirken, daß das herrschende Unternehmen diesen zu leisten sich grundsätzlich oder

"dem Grunde nach" bereiterklärt ¹¹¹⁾. Solange darüber Unklarheit besteht, verstößt der Vorstand gegen § 93 AktG und setzt sich dessen Folgen aus, wenn er gleichwohl die der Gesellschaft nachteilige Handlung durchführt; er trägt das Risiko dafür, daß später kein Nachteilsausgleich gewährt wird. All dieses folgt im Umkehrschluß aus § 311 Abs. 2, der insoweit keine Sonderregelung trifft. - Bei der Beantwortung der Frage, ob der Vorstand der abhängigen Gesellschaft im übrigen ¹¹²⁾ nachteilige Folgen schon vor der Klärung des Zeitpunktes und der Art des Nachteilsausgleichs vornehmen darf, ist zu berücksichtigen, daß die abhängige Gesellschaft keineswegs schutzlos dasteht, vielmehr nach § 317 gegen das herrschende Unternehmen und dessen gesetzliche Vertreter einen gesetzlichen Ausgleichsanspruch ¹¹³⁾ hat, der nicht vom Vorliegen eines Verschuldens bei diesen abhängt. Einigen sich herrschendes und abhängiges Unternehmen über Art und Zeitpunkt der Ausgleichszahlung nicht, greift der strenge gesetzliche Ausgleichsanspruch des § 317 ein. Deswegen ist das abhängige Unternehmen weitgehend geschützt; soweit dieser Schutz reicht, tritt § 93 zurück ¹¹⁴⁾. Der Vorstand der abhängigen Gesellschaft muß aber sorgfältig prüfen, ob nicht trotz des Ausgleichs das Geschäft gegen sonstige Belange des Unternehmens verstößt; unter Umständen muß er deshalb die Vornahme der nachteiligen Handlung von einem sofortigen Schadensausgleich durch das herrschen-

111) Ähnlich BH § 318 Anm. 7, der aber insoweit über die hier vertretene Ansicht hinausgeht, als er ein Sorgen für den erforderlichen Ausgleich verlangt; weniger streng wohl GW § 318 Anm. 1, 2. Absatz, der lediglich Hinweise und Erörterungen des Vorstandes der abhängigen Gesellschaft verlangt; vgl. auch Würdinger S. 313, Möhring NJW 1967/8, GW § 311 Anm. 5: der Vorstand muß sich vergewissern, ob der Veranlasser sich bewußt ist, daß es sich um ein nachteiliges Geschäft für die abhängige Gesellschaft handelt, die das Ausgleichen bedingt. Ist das geschehen, kommt § 93 nicht mehr in Betracht.

112) Vgl. auch Geßler DB 1965/1729; § 93 kann auch dann verletzt sein, wenn der Vorstand der abhängigen Gesellschaft nicht auf sofortigem Ausgleich besteht, weil nach der Vermögenslage des herrschenden Unternehmens der spätere Ausgleich gefährdet ist. Wie hier Kropff DB 1967/2151, der im übrigen zutreffend darauf hinweist, daß das Befolgen nachteiliger Weisungen, ohne der Gesellschaft sofort einen Ausgleich zu sichern, nicht gegen § 93 verstößt.

113) Zum Inhalt und Rechtscharakter dieses Anspruches vgl. unten S. 147, 148.

114) So Kropff DB 1967/2147 ff. (2151) unter Hinweis auf den BT-Ausschußbericht; unklar, vielleicht sogar a.A. DJT 1967 S. 70 2. Absatz.

de Unternehmen abhängig machen. Desgleichen muß der Vorstand der abhängigen Gesellschaft Beobachtungen darüber anstellen, ob die Ausgleichsrechte realisierbar sind. Schließlich hat er dafür einzustehen, daß der Nachteilsausgleich ausreichend ist. In allen diesen Fällen kann bei Verletzung der Sorgfaltspflicht eine Haftpflicht nach § 93 entstehen, die insoweit nicht verdrängt ist.

c) Die Arten der Nachteilsausgleichung

Bei der Art der Nachteilsausgleichung sind folgende Fälle zu unterscheiden:

aa) Der Ausgleich erfolgt tatsächlich Zug um Zug mit der Vornahme der schädlichen Handlung oder sogar schon vor dieser.

bb) Der Ausgleich erfolgt in dem zu aa) genannten Zeitpunkt zwar nicht tatsächlich, der abhängigen Gesellschaft wird jedoch auf den tatsächlichen Ausgleich - gleich, ob er noch im laufenden Geschäftsjahr tatsächlich geleistet wird oder nicht - ein Rechtsanspruch eingeräumt.

cc) Der Ausgleich erfolgt tatsächlich während des Geschäftsjahres, in dem die abhängige Gesellschaft den Nachteil erlitten hat.

Die zu aa) - cc) genannten Fälle regelt § 311 Abs. 2 nicht, sondern nur den 4. Fall:

dd) Der Ausgleich erfolgt während des Geschäftsjahres nicht tatsächlich und es sind auch keine Absprachen über einen späteren tatsächlichen Ausgleich zustande gekommen ¹¹⁵⁾. In diesem Fall muß gemäß § 311 Abs. 2 spätestens am Ende des Geschäftsjahres bestimmt werden,

¹¹⁵⁾ Dafür reicht eine bloße Bestimmung über die Vorteile und deren Zeitpunkt nicht aus (vgl. die Unterscheidung in § 311 Abs. 2).

d.h. zwischen den beteiligten Unternehmen vereinbart werden ¹¹⁶⁾, wann und wie der Nachteilsausgleich stattfinden soll, und es muß auf den Nachteilsausgleich der abhängigen Gesellschaft ein Rechtsanspruch eingeräumt werden ¹¹⁷⁾.

ee) Für den Fall, daß der Nachteilsausgleich nicht auf den vorgeschilderten Wege zustande kommt, greift § 317 ein; dann hat die abhängige Gesellschaft gegen das herrschende Unternehmen einen Schadensersatzanspruch gemäß § 317 Abs. 1 Satz 1. Dieser Anspruch ist nicht von der Verletzung einer Sorgfaltspflicht ¹¹⁸⁾ oder einem Verschulden der Verwaltungsträger des herrschenden Unternehmens abhängig. Das zeigt, daß es sich bei diesem Anspruch trotz des Wortes "Verantwortlichkeit" in der Überschrift zu § 317 nicht um einen im Aktienrecht üblichen Haftungsanspruch ¹¹⁹⁾ handelt, sondern um einen bloßen Ausgleichsanspruch mit besonderem Rechtscharakter ¹²⁰⁾; der § 317 sichert die abhängige Gesellschaft über § 311 Abs. 2 hinaus ab. Die Sondernatur

-
- 116) Der Gesetzeswortlaut ist insoweit nicht eindeutig. Das Wort "bestimmen" scheint auf eine einseitige Bestimmung, wohl durch die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens, hinzudeuten. Dagegen spricht jedoch einmal, daß zur Einräumung des Rechtsanspruchs eine Vereinbarung notwendig ist (§ 305 BGB). Zum anderen ist nur diese Vereinbarung geeignet, die gesetzliche Ausgleichsregelung des § 317 auszuschließen. Der Sinn des § 311 Abs. 2 dürfte u.a. auch darin bestehen, durch die Vereinbarung die Rechtsbeziehung zwischen den Unternehmen auf eine sichere Grundlage zu stellen und damit zugleich eine Befriedungsfunktion auszuüben. Im Ergebnis ebenso BH § 311 Anm. 10 zu b); a.A., jedoch ohne Begründung GW § 311 Anm. 5 a.E.
- 117) Einzelheiten zum Inhalt dieser Vereinbarung sind str.; vgl. GW § 311 Anm. 4 4. Absatz a.E. u. 5. Absatz, die sich dort mit Geßler auseinandersetzen. Als ungeklärt muß auch angesehen werden, wie lange die tatsächliche Vorteilsleistung zeitlich hinausgeschoben werden kann. Grenzen deuten GW § 311 Anm. 5 3. Absatz an (es wäre zu begrüßen, würde Wilhelmi in späteren Auflagen die Ziffernfolge der Anmerkungen verdichten; das würde das Auffinden von Thesen, aber auch die Zitierweise erleichtern).
- 118) Anders dürfen auch Hueck und Wilhelmi nicht verstanden werden, wenn deren Ausführungen auch mißverständlich sind (vgl. GW § 317 Anm. 4 und BH § 317 Anm. 6 2. Absatz); ähnlich Geßler DB 1965/1730.
- 119) Diese haben im AktG sonst nicht den Charakter der Garantiehaf-tung.
- 120) Dagegen meint Hueck (BH § 311 Anm. 5 u. 11), der Ausgleichsanspruch verwandele sich durch § 317 in einen Schadensersatzanspruch. Praktische Bedeutung hat diese verschiedene Würdigung des Rechtscharakters des Anspruchs nicht.

dieses Anspruchs ergibt sich daraus, daß er sich primär ¹²¹⁾ gegen das herrschende Unternehmen richtet und nicht - wie sonst üblich bei Verantwortlichkeitsansprüchen - gegen die Verwaltungsträger. Weiter verdeutlicht das ein Vergleich mit den §§ 308 ff., in denen die haftungsrechtliche Stellung des herrschenden Unternehmens nicht besonders geregelt worden ist - also die nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen bestehende Situation nicht verändert worden ist. Daran ändert auch § 317 Abs. 2, der in allerdings sehr beschränktem Umfang die Berücksichtigung von Sorgfaltspflicht und Verschulden gebietet, nichts. Dies ist aber aus der Sicht des Vorstandes der abhängigen Gesellschaft zu prüfen. Das folgt daraus, daß mit dem Begriff "unabhängige Gesellschaft" der Gegensatz von "abhängiger Gesellschaft" angesprochen wird und auf die Situation dessen abgestellt wird, der das Rechtsgeschäft vornimmt usw.; das ist aber im Rahmen der §§ 311 ff. der Vorstand der abhängigen Gesellschaft. Abs. 2 will lediglich eine Ausgleichspflicht des herrschenden Unternehmens für den Fall ausschließen, daß es für den Nachteil gar nicht eigentlich ursächlich ist, weil auch der verantwortungsbewußte Vorstand einer unabhängigen Gesellschaft die Handlung ohne einen Anstoß von außen durchgeführt hätte; Abs. 2 will mithin dafür sorgen, daß das herrschende Unternehmen durch die Ausgleichspflicht nicht mehr belastet wird, als es zur Wahrung der Interessen des abhängigen Unternehmens unbedingt geboten ist. Da aber ein Fall, in dem auch ein Vorstand einer unabhängigen Gesellschaft eine nachteilige Handlung ohne die konkrete Erwartung von ausgleichenden Vorteilen vorgenommen hätte, angesichts dessen Sorgfaltspflicht sehr selten sein dürfte, wird Abs. 2 kaum Bedeutung gewinnen ¹²²⁾. Schon deshalb kann er für die Bestimmung des Rechtscharakters des Anspruchs von § 317 keine entscheidende Bedeutung haben.

d) Der maßgebliche Zeitpunkt für die Berechnung des Nachteilsausgleichsbetrages

Von erheblicher Bedeutung für alle Fälle des Nachteilsausgleichs ist schließlich die Frage, welcher Zeitpunkt für die Berechnung der Größe des Nachteils maßgeblich ist; dafür kommen der der Veranlassung, der

121) Hueck spricht davon, daß das Gesetz die Haftung des herrschenden Unternehmens - im Gegensatz zu der seiner gesetzlichen Vertreter - "in den Vordergrund" gestellt hat. Vgl. BH § 317 Anm.1.

122) Ähnlich Kropff DB 1967/2147 zu I 1, 2. u. 3. Absatz.

der Vornahme des Rechtsgeschäfts, der Maßnahme oder des Unterlassens, der des Eintritts des Nachteils und schließlich der, in dem der Nachteil tatsächlich oder rechtlich (Bestimmung bzw. Gewährung des Rechtsanspruchs im Sinne von § 311 Abs. 2) ausgeglichen wird, in Betracht ¹²³⁾. Das Gesetz hat sich für den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts usw. entschieden, wie aus §§ 312 Abs. 3 Satz 1 und 313 Abs. 1 Nr. 2 folgt. An diesen Zeitpunkt knüpft - wenn auch nicht ausdrücklich - offenbar auch § 317 Abs. 2 an ¹²⁴⁾.

Dieser Zeitpunkt der Nachteilsberechnung muß für alle oben ¹²⁵⁾ dargelegten Fälle bzw. Arten der Nachteilsausgleichung maßgebend sein, also sowohl dann, wenn der Nachteil Zug um Zug mit der Vornahme des nachteiligen Rechtsgeschäfts usw. ausgeglichen wird, als bis hin zu der Fallgestaltung, bei der die Abwicklung über § 317 erfolgt ¹²⁶⁾. Aus dem Gesetz läßt sich nämlich kein Anhaltspunkt dafür entnehmen, daß der Berechnungszeitpunkt unterschiedlich bestimmbar sein soll. Eine solche Betrachtung ist auch allein imstande, die Beteiligten einigungsbereit über die Ausgleichsleistung zu machen; wären je nach der Art der Abwicklung verschiedene Zeitpunkte maßgebend, wäre je nach der Lage des Falles einmal das herrschende Unternehmen nicht kompromißbereit, weil es eine im Laufe der Zeit eintretende Verminderung des Nachteils erhofft mit der Folge der Herabsetzung des Wertes der Ausgleichsleistung, ein anderes Mal das abhängige Unternehmen wegen der Erwartung eines gegensätzlichen Kausalverlaufs.

Dem oben gefundenen Ergebnis steht nicht entgegen, daß im allgemeinen Schadensersatzrecht als Zeitpunkt für die Ermittlung eines im Rechtsstreit geltendgemachten Schadens anerkanntermaßen die letzte

123) Unerheblich ist jedenfalls für die Bestimmung des Zeitraums, ob in einem Zwischenzeitraum der Nachteil größer oder geringer geworden ist. Darauf stellt das Gesetz nicht ab.

124) Ebenso Kropff DB 1967/2150 und 2151 zu 3) (allerdings kann man entgegen Kropff nicht allein auf die §§ 312, 313 abstellen, da diese als Rechnungslegungsvorschriften auch eine viel engere Bedeutung haben können, weiter S. 2205, 2206; Werner AG 1967/125, 126; BH § 317 Anm. 6 1. Absatz a.E.; a.A. wohl GW § 311 Anm. 3 und 5.

125) S. 146, 147.

126) a.A. wohl GW § 311 Anm. 5 4. Absatz: die Entstehung des Nachteils ist häufig nicht erkennbar z.Zt. der Durchführung einer Geschäftsmaßnahme; wie hier Werner AG 1967/125, 126.

mündliche Verhandlung in der Tatsacheninstanz maßgebend ist ¹²⁷⁾. Das Reichsgericht selbst bezeichnet dies lediglich als sich aus dem Verfahrensrecht ergebende Regel ¹²⁸⁾; es läßt aber in beiden Urteilen letztlich das materielle Recht für den maßgeblichen Berechnungszeitpunkt entscheidend sein und schränkt damit diesen Grundsatz ein, wie aus seinen Hinweisen auf §§ 252, 254 BGB ¹²⁹⁾ zu entnehmen ist. Im vorliegenden Zusammenhang ergeben sich die materiellen Sonderregelungen aus den angezogenen aktienrechtlichen Vorschriften.

Diese Betrachtung hat verschiedene Konsequenzen, die vor der endgültigen Entscheidung dieser Rechtsfrage erörtert werden müssen: Sie kann sich insoweit für das abhängige Unternehmen nachteilig auswirken, als im Laufe der Ereignisse ein größerer Nachteil eintreten kann, als er bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts voraussehbar war. Bei der obigen Betrachtung muß für diesen Fall konsequenterweise in Kauf genommen werden, daß das abhängige Unternehmen diesen Nachteil selbst trägt. Diese Folge könnte § 317, insbesondere dessen Normzweck zuwiderlaufen, der einen vollständigen Ausgleich veranlaßter Nachteile anstrebt. Zu bedenken ist freilich, daß eine solche Entwicklung dadurch vermeidbar ist und ausgleichbar, daß bei der Vereinbarung des Nachteilsausgleichs für nicht kalkulierbare Risiken ein bestimmter Zuschlag verabredet wird; weiterhin können gewisse Risiken von einer Ausgleichsabrede ausgenommen werden, die bei Eintritt einer späteren, für die abhängige Gesellschaft nachteiligen Entwicklung besonders reguliert würden, wodurch die Ausgleichsvereinbarung einen vorläufigen Charakter erhielte; schließlich kann der Vorstand der abhängigen Gesellschaft eine frühzeitige Vereinbarung über den Ausgleich wegen zu großer Unsicherheit über die Folgen der Handlungen ablehnen und dadurch die Interessen der Gesellschaft wahren. Diese Vielfalt der Abrechnungsmöglichkeiten ¹³⁰⁾ läßt eine Anpassung an den Einzelfall zu, verbietet damit aber auch eine allzu starre Beantwortung der Rechtsfragen. § 317 untersagt aber auch deswegen die Inkaufnahme dieser Folgen nicht, weil auch sein Absatz 2 Nachteile dem abhängigen Unternehmen aufbürdet, die

127) RGZ 142/8 (11, 12); 149/135 (137, 138) mit vielen weiteren Nachweisen.

128) RGZ 149/137.

129) RGZ 142/12, 1. Absatz a.E., 149/138 (Mitte).

130) So auch Kropff DB 1967/2206 zu b) a.E.

unvoraussehbar sind. Absatz 2 bestimmt das zwar nur für einen Einzelfall, nämlich daß das Geschäft auch von einer unabhängigen Gesellschaft vorgenommen worden wäre. Darin muß man aber deswegen einen allgemeinen Grundsatz sehen, weil die Rechtsfolgen dieses Abschnitts des Aktiengesetzes an die wirtschaftlichen Folgen einer Beeinflussung der abhängigen Aktiengesellschaft anknüpfen, wie schon früher dargelegt worden ist ¹³¹⁾; man muß § 317 Abs. 2 also dahin verstehen, als wenn er ausdrücklich "wenn und soweit auch ein ordentlicher ..." bestimmte. Es kommt hinzu, daß bei einer abweichenden Betrachtung in Kauf zu nehmen wäre, daß neben einer früheren Ausgleichsabrede eine spätere Geltendmachung von Folgeschäden über § 317 möglich bliebe. Eine solche doppelte Abrechnung will aber auch § 317 nicht sichern, denn er stellt bei den negativen Bedingungen nicht auf einen wirklichen oder tatsächlichen Nachteilsausgleich ab, sondern "auf einen zum Ausgleich bestimmten (d.h. vertraglich vereinbarten) Vorteil"; insofern nimmt es auch § 317 hin, daß die abhängige Gesellschaft keinen vollen realen Ausgleich bekommt.

Ähnliche Bedenken gegen dieses Ergebnis können aus der umgekehrten Fallsituation hergeleitet werden, in der ein geringerer als der voraussehbare Nachteil bei der abhängigen Gesellschaft eintritt. Vor übermäßigen Leistungen kann sich das herrschende Unternehmen auf demselben Wege schützen wie die abhängige Gesellschaft vor zu geringen Leistungen und der Übernahme unkalkulierbarer Risiken. Im übrigen muß in sicher seltenen Sonderfällen ein überhöhter Vorteil der abhängigen Gesellschaft hingenommen werden.

Folgt man der hier vertretenen Ansicht, sind nur solche Nachteile auszugleichen, die auch bei einer sofortigen Zug-u-Zug-Abrechnung, also z.Zt. der Vornahme der nachteiligen Handlung, hätten berücksichtigt werden können. Das bedeutet, daß die Nachteile voraussehbar sein müßten. Der Begriff "voraussehbar" ist freilich nicht mit Verschulden gleichsetzbar. Voraussehbar ist ein Nachteil auch, wenn er selbst zwar nicht einkalkulierbar war, wohl aber der Risikobereich, aus dem er später entstanden ist. Die Übernahme solcher Risiken ist im Geschäftsverkehr in der Regel nicht schuldhaft, wohl aber voraussehbar. Beides - Voraussehbarkeit und Verschulden - muß hier klar

131) s.o. S. 140.

auseinandergehalten werden ¹³²⁾, damit die §§ 311 ff. nicht im Laufe der Zeit zu einer bloßen Verschuldenshaftung des herrschenden Unternehmens degradiert werden; der Gesetzgeber wollte vielmehr eine Voraussehbarkeit des herrschenden Unternehmens für die §§ 311 ff. genügen lassen.

e) Die Begriffe "Nachteil" und "Ausgleich"

Weiter ist zu ermitteln, was auszugleichen ist. Das Gesetz spricht an vielen Stellen in den §§ 311 ff. von "Ausgleich" der "Nachteile". Was darunter zu verstehen ist, muß geklärt werden. Dabei soll hier nur die allgemeine Frage ¹³³⁾ beantwortet werden, ob dieser Begriff mit dem des "Schadens" identisch ist; dagegen spricht auf den ersten Blick der plötzliche Begriffswechsel des Gesetzes in § 317 Abs. 1 bei der Umschreibung dessen Rechtsfolge. Bei § 317 ist es denkbar, daß der Gesetzgeber eine Verschärfung des Haftungsumfanges anordnen will, und zwar deshalb, weil entgegen der gesetzlichen Anordnung zum Nachteilsausgleich dieser nicht früher ¹³⁴⁾ und freiwillig geschehen ist; dafür spricht, daß das Gesetz mit den Worten "des ihr daraus entstehenden Schadens" auf eine zweite Kausalitätskette hinweist ¹³⁵⁾.

132) Deshalb liegt kein Widerspruch zu der Aussage vor, daß eine objektive Beeinflussung durch das herrschende Unternehmen für die Anwendbarkeit der §§ 311 ff. ausreicht! Vgl. oben S. 147. Dabei wurde insbesondere auch auf den Zeitpunkt der Beeinflussung abgestellt.

133) Ungeklärt ist in diesem Bereich neben schon erwähnten Punkten folgendes:

- (1) Muß der gewährte Vorteil bilanzmäßig aktivierbar sein?
- (2) Muß der Nachteil bekannt sein oder wenigstens voraussehbar?
- (3) Kann ein früherer Vorteil als Nachteilsausgleich bestimmt werden?

Zu (1) nicht notwendig - BH § 311 Anm. 9; Würdinger S. 310; GW § 311 Anm. 5, zweitletzter Absatz; Leo AG 1965/358 u. Kropff DB 1967/2207. a.A. Geßler DB 1965/1731; Havermann WPg 1966/39. Die von diesen angeführten Gründe überzeugen nicht.

134) Dabei kann freilich nicht der Zeitpunkt des tatsächlichen Ausgleichs maßgeblich sein. Dieser kann weit später erfolgen, wenn das gemäß § 311 Abs. 2 in einer Vereinbarung bestimmt worden ist. Reine Verzugsgesichtspunkte scheiden deshalb als Legitimation der Regelung des § 317 aus; es ist nicht auszuschließen, daß der Gesetzgeber sich bei § 317 Abs. 1 in gewissem Umfang von einem Poenalisierungsgedanken leiten ließ.

135) Deswegen muß auch nicht notwendig ein Widerspruch zu den Ausführungen über den Zeitpunkt der Ausgleichsberechnung entstehen.

Der Begriff "Nachteil" muß so bestimmt werden, daß dadurch dem Normzweck der §§ 311 ff. genüge getan wird. Die §§ 311 ff. wollen verhindern, daß die Gesellschaft, ihre Aktionäre oder (und) ihre Gläubiger Einbußen erleiden ¹³⁶⁾. Ihre Interessen sind Vermögensinteressen. Deshalb ist als Nachteil jede in Geld bewertbare Beeinträchtigung des Vermögens der AG anzusehen ¹³⁷⁾. Insofern ist kein Unterschied zum Begriff "Schaden" festzustellen. Auch aus der Entstehungsgeschichte der § 311 ff. läßt sich nicht entnehmen, daß der Gesetzgeber hier von einem Begriffsunterschied ausgegangen ist. Der oben dargelegte Zweck der §§ 311 ff. macht auch eine solche Unterscheidung nicht erforderlich. Deshalb kann Würdinger ¹³⁸⁾ insoweit nicht gefolgt werden, als er "Nachteile" für den gegenüber "Schaden" weiteren Begriff hält. Die von Würdinger angeführten Beispiele sind zudem ausnahmslos Fälle von Vermögensschäden. Würdingers Hinweis auf § 253 BGB ist schließlich insoweit nicht verständlich, als er selbst für den Nachteil auf eine geldliche Bewertung abstellt. - Mit der Annahme, "Nachteil" und "Schaden" seien identisch, ist freilich noch nichts darüber gesagt, ob auch der Anspruch auf Schadensersatz nach § 317 inhaltlich mit dem Nachteilsausgleich gemäß § 311 Abs. 2 gleich ist. Die Frage muß verneint werden. Mit den Worten "der ihr daraus entstehende Schaden" in § 317 Abs. 1 Satz 1 bezieht sich das Gesetz auch auf den Umstand, daß der Ausgleich bisher unterblieben ist. Ergeben sich daraus, nämlich aus der Verzögerung, noch zusätzliche Nachteile, muß das herrschende Unternehmen diese neben den in § 311 Abs. 2 angesprochenen Nachteilen ersetzen ¹³⁹⁾. Bei der Ermittlung von solchen zusätzlichen Nachteilen ist freilich zu bedenken, daß § 311 Abs. 2 den tatsächlichen Ausgleich und den durch die Einräumung von Rechtsansprüchen gleichstellt. "Ausgleich" bedeutet nicht, daß der Nachteil in Geldleistungen bestehen muß. Es genügt die Einräumung jedes Vorteils. Insoweit besteht, worauf Würdinger ¹⁴⁰⁾ zu Recht hinweist, ein deutlicher Unterschied zur Schadensersatzlei-

136) allgemeine Meinung; vgl. statt aller BH § 311 Anm. 10 a.E.; GW § 311 Anm. 5 3. Absatz a.E.; Leo AG 1965/358; Kropff BB 1965/1288; vgl. insbesondere den interessanten Hinweis Geßlers in DB 1965/1730 r.Sp. unten; Möhring NJW 1967/9.

137) BH § 311 Anm. 8, ähnlich Würdinger S. 310.

138) S. 310 2. Absatz a.E.

139) so wohl auch Kropff DB 1967/2152 zu 2 r.Sp., zweitletzter Absatz.

140) S. 310 3. Absatz; ebenso BH § 311 Anm. 9

stung. Freilich muß auch der Ausgleich in Geld bewertbar sein, damit der Ausgleich, dessen Ermittlung einen Vergleich erfordert, feststellbar ist.

5. Die Haftung des Vorstandes und des Aufsichtsrates der abhängigen Gesellschaft gemäß § 318 -----

Es ist schon hervorgehoben, daß die grundlegenden Bestimmungen über die Verantwortlichkeit, die §§ 93, 116, auch für Vorstand und Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft gelten ¹⁴¹⁾. Daneben tritt § 318, der die Erfüllung der Berichts- und Prüfungspflichten gemäß §§ 312, 314 sichert, auf ¹⁴²⁾. Diese Haftung hätte sich freilich auch schon aus den §§ 93, 116 ergeben.

Die Bedeutung des § 318 besteht einmal darin, daß er eine gesamtschuldnerische Haftung anordnet und die Absätze 3 und 4 die Modalitäten des Anspruchs von den allgemeinen Vorschriften abweichend regeln. Zum anderen ist aus § 318 zu entnehmen, daß die Haftung aus den §§ 93, 116 insoweit ausgeschlossen ist, als die §§ 311 ff. die Vornahme nachteiliger Geschäfte gestatten und vor Nachteilen auch schützen ¹⁴³⁾.

141) Vgl. auch BH § 318 Anm. 7.

142) Alle übrigen Unterlassungssünden fallen unter § 93 - vgl. GW § 317 Anm. 3 (die Abgrenzung zwischen §§ 93 und 318 wird entscheidend, wenn einmal um die unterschiedlich geregelten Modalitäten beider Ansprüche Streit entstehen sollte; ob diese Divergenz sachgerecht geregelt ist, braucht hier nicht entschieden zu werden).

143) so mit Recht GW § 318 Anm. 1.

Am 21. Juni 1937 wurde ich in Minden/Westf. geboren. Meine Eltern sind der Bankrendant Ernst Rumpff und Carla Rumpff geb. Grätz. Ich bin deutscher Staatsbürger.

Am 15. März 1957 erlangte ich am staatlichen altsprachlichen Gymnasium in Minden das Reifezeugnis. Danach besuchte ich zum Studium der Rechtswissenschaft ein Semester die Universität Göttingen, weitere sieben Semester die Universität in Münster. Am 24. November 1961 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt des Oberlandesgerichts in Hamm, am 14. Juni 1966 die zweite juristische Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt des Landes Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf.

